Beiträge zur Lehre
vom unvollkommenen Schuldverhältnis im Bürgerlichen Gesetzbuch.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde,

die mit Genehmigung

der hohen juristischen Fakultät

der

Kgl. vereinigten Friedrichs-Universität Halle-Wittenberg

am 22. August 1914, mittags 12 Uhr,

zugleich mit den angehängten Thesen öffentlich verteidigen wird

Georg Tilling

Referendar in Harburg a. d. Elbe.

Opponenten: cand. jur. Weißärmel in Halle a. S.
cand. jur. Metzger in Halle a. S.

ACAD
LUGD.BAT
BIBL.

Harburg a. E.
G. Lühmann's Buchdruckerei.
1914.

Meiner lieben Mutter.

Inhalts-Verzeichnis.

I. Abschnitt.

Seite

Das unvollkommene Schuldverhältnis in der Geschichte und sein Vorkommen im Bürgerlichen Gesetzbuch.

§ 1. Das unvollkommene Schuldverhältnis vor dem Bürgerlichen Gesetzbuche 9
§ 2. Das unvollkommene Schuldverhältnis im Bürgerlichen Gesetzbuche. 12

II. Abschnitt.

Die Begriffsbestimmung des unvollkommenen Schuldverhältnisses 15

III. Abschnitt.

Die Arten des unvollkommenen Schuldverhältnisses im Bürgerlichen Gesetzbuche.

§ 1. Der verjährte Anspruch 18
§ 2. Spiel-, Wette-, Lotterie- und Ausspielvertrag und Differenzgeschäft. 19
§ 3. Der Ehemäklervertrag 25
§ 4. Die sittlichen Pflichten und die Anstandspflichten 26
§ 5. Die Ausstattung 29
§ 6. Die Verbindlichkeit des Gemeinschuldners nach rechtskräftig bestätigtem Zwangsvergleich 30
§ 7. Schuldverhältnisse die zu Unrecht mit dem Namen „unvollkommene Schuldverhältnisse" bezeichnet werden 32

IV. Abschnitt.

Beiträge zur rechtlichen Behandlung der unvollkommenen Schuldverhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuche.

§ 1. Unvollkommene Schuldverhältnisse und § 366 Bürgerlichen Gesetzbuches 36
§ 2. Das unvollkommene Schuldverhältnis bei der Aufrechnung 45
§ 3. „ „ „ „ „ Pfandbestellung 48
§ 4. „ „ „ „ „ Bürgschaftsbestellung 51
§ 5. Die Abtretung der unvollkommenen Forderung 52
§ 6. Schuldanerkenntnis, Vertragsstrafe und Feststellungsklage beim unvollkommenen Schuldverhältnis 53

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546024_0021

Verzeichnis der benutzten Schriften.

Allendorf, Die natürlichen Verbindlichkeiten des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Diss. Rostock 1904.

Archiv für bürgerliches Recht.

Badt, Die Naturalobligationen im Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Freiburg 1903.

Bank-Archiv. Zeitschrift für Bank- und Börsenwesen.

Bekker, System des heutigen Pandektenrechts. 1886.

Bericht der Reichstagskommission über den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1896.

Biermann, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 3. Aufl. 1914.

Blum, Urteile und Annalen. Bd. II.

Brinz, Kritische Blätter zivilistischen Inhalts. Heft 3, 1851.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. I, 5. Aufl. 1910, Bd. II, 5. Aufl. 1911.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 2 1902.

Danz, Die Grundsätze von Treu und Glauben in ihrer Anwendung auf die Rechtsverhältnisse des Bankverkehrs. 1909.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. 1. und 2. Aufl. Halle 1901.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 6. Aufl.

Engelmann, Das bürgerliche Recht Deutschlands. 5. Aufl. 1909.

Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1910.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Straf- und Zivilsachen.

Fitting, Konkursrecht. 3. Aufl. 1904.

Heilbrunn, in Holdheim's Monatsschrift Jahrg. 14.

Hellwig, Anspruch und Klagrecht. 1900.

Holdheims, Monatsschrift.

Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung. 3./4. Aufl. 1912.

Jhering, Jahrbücher.

Joerges, Die eheliche Lebensgemeinschaft. 1913.

Juristische Wochenschrift.

Juristische Wochenschrift für Posen, West- und Ostpreußen. 1909.

Kipp, Geschichte der Quellen des römischen Rechts. Jahrg. 1912.

Klingmüller, Lehre von den natürlichen Verbindlichkeiten. 1905.

Kohler, Leitfaden des Konkursrechts. 1903 2. Aufl.

Kohler, Die Ideale im Recht, Archiv für bürgerliches Recht. Bd. 5.

Kommentar der Reichsgerichtsräte. 1. Aufl. 1910.

Krüger, Römische Rechtsquellen. 1912.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

Landsberg, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Langheineken, Anspruch und Einrede nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. 1903.

Leipziger Zeitung.

Levy, Die naturalis obligatio im Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Jena 1901.

Mahler, Die natürlichen Verbindlichkeiten im Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Erlangen 1904.
Mathiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1910.
Meyer, Die Naturalobligationen im Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Rostock 1901.
Mohr, Der Kontokorrentverkehr. 1902.
Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Amtliche Ausgabe 1888.
Motive zur Konkursordnung.
Mugdan-Falkmann, Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiet des Zivilrechts.
Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. Kommentar. Bd. 2 1910.
Oertmann, Natürliche Verbindlichkeiten im Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, in der allgemeinen österreichischen Gerichtszeitung. 53. Jahrgang, Nr. 23.
Oertmann in Seufferts Blättern für Rechtsanwendung. 1912.
Petersen-Kleinfeller, Konkursordnung. 4. Aufl. 1900.
Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 2, 3. Aufl. 1907.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs.
Puchta, Pandekten. 9. Aufl. 1863.
Recht, das, Rundschau für den Deutschen Juristenstand.
Regen, Welche Erscheinungen kennt das Bürgerliche Gesetzbuch, die den gemeinrechtlichen Naturalobligationen gleichartig oder ähnlich sind? Diss. Rostock 1913.
Reichel, Unklagbare Ansprüche. Jena 1911.
Savigny, Obligationenrecht. Bd. 1 1851.
Schierlinger, Sittliche Pflichten und Anstandsrücksichten in Seufferts Blättern für Rechtsanwendung. 71. Jahrgang, Nr. 23.
Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuch 1900.
Schwanert, Die Naturalobligationen des römischen Rechts. Göttingen 1861.
J. A. Seuffert, Archiv für die Entscheidungen der obersten Gerichte.
Seuffert Lot, Deutsches Konkursprozeßrecht. 1899.
Siber, Kompensation und Aufrechnung. 1899.
Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren.
Stammler, Wirtschaft und Recht. 3. Aufl. 1914.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 1912.
v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1912.
Trumpler in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Bd. 50.
Ubbelohde, Zum Bürgerlichen Gesetzbuch. In Iherings Jahrb. Bd. 38.
Wach, Handbuch des deutschen Zivilprozesses.
Weber, Systematische Entwickelung der Lehre von den natürlichen Verbindlichkeiten. 5. Aufl.
Westerkamp, Bürgschaft und Schuldbeitritt. 1905.
v. Wilmowski, Kommentar zur Konkursordnung. 6. Aufl. 1906.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. 1910.
Zeitschrift der Savigny Stiftung. Bd. XXIV.
Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht.

I. Abschnitt.

Das unvollkommene Schuldverhältnis in der Geschichte und sein Vorkommen im Bürgerlichen Gesetzbuch.

§ 1.

Das unvollkommene Schuldverhältnis vor dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

Die Worte, unvollkommene Schuldverhältnisse, natürliche Verbindlichkeiten, klaglose Verbindlichkeiten, Naturalobligationen sind Sammelnamen, unter denen eine Reihe verschiedenartiger Schuldverhältnisse zusammen gefaßt wird. Dies ist keineswegs erst im heutigen Rechte der Fall. Gleiches gilt vom römischen Recht, das in dieser Materie die Grundlage des heutigen Rechts bildet.

Der Begriff des Schuldverhältnisses wird in den Institutionen[1]) treffend mit den Worten definiert: obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis jura.

Regelmäßig war der obligatio auch die actio gegeben. Diese Obligationen bezeichnete man als „obligationes civiles". Der Gedanke, daß mit der Obligatio auch sofort die Möglichkeit ihrer Durchsetzung mit Hilfe der Staatsgewalt gegeben war, erschien als so selbstverständlich, daß oft obligatio und actio gleich gesetzt werden.[2]) Es muß daher auffallen, wenn wir in den Quellen an zahlreichen Stellen von Obligationen lesen, denen die Klagbarkeit mangelt. Diese eigenartigen Obligationen führen den Namen „obligationes naturales". Der Römer identifiziert also unvollkommenes Schuldverhältnis und Fehlen der Klagbarkeit desselben.

Gegenstand der rechtlichen Erörterung ist eine Naturalobligation zuerst in l 40 § 3 Dig. 35, 1. Es handelt sich hier um ein aus dem Anfang des zweiten Jahrhunderts nach Christus stammendes Fragment von Javolenus aus seinen Libri ex posterioribus Labeonis[3]). Die Unvollkommenheit wird hier darin erblickt, daß der einen Person, die das Rechtsgeschäft abgeschlossen hat, die Rechtsfähigkeit mangelt.

---

[1]) III. 13. pr., siehe auch Dig. 44, 7, 3.

[2]) Schwanert S. 1.

[3]) Vergl. dazu Klingmüller S. 4.

In dem Juristen Javolenus erblicken wir daher denjenigen römischen Schriftsteller, durch den der Begriff der naturalis obligatio in die Erörterungen der Juristen eingeführt ist und in das römische Recht Eingang gefunden hat. Wir schließen dies daraus, daß der Ausdruck „naturalis obligatio“ in der Folgezeit unter den Juristen allgemein gebräuchlich wird. Insbesondere hat Julian die Lehre stark beeinflußt.[4]) An zahlreichen Stellen hebt er die Bedeutung dieses Rechtsgebildes hervor.[5]) Später wird er dann als Autorität in den einschlägigen Entscheidungen häufig zitiert.[6])

Im römischen Recht kommen folgende Naturobligationen vor:

1. Die obligationes servi, die Verträge der Bürger und Sklaven untereinander. Dig. 12, 6, 13 pr. und 44, 7, 14. Die Unvollkommenheit besteht hier in dem Mangel der Rechtsfähigkeit des einen oder der beiden Vertragschließenden.
2. Die Verträge des pater familias mit seinen Gewaltunterworfenen und dieser unter einander (obligationes inter personas eiusdem familiae) Dig. 12, 6, 38. Die Unvollkommenheit ergibt sich hier aus dem Mangel der Vermögensfähigkeit der Personen.
3. Die von impuberes sine auctoritate tutoris abgeschlossenen Rechtsgeschäfte Dig. 12, 6, 41 (quod pupillus sine tutoris auctoriate stipulanti promiserit, solverit, repetitio est, quia nec natura debet).
4. Die Darlehnsschulden der Hauskinder Dig. 12, 6, 26, 9. Der condictio kann die exceptio S. C. Macedoniani entgegengesetzt werden.
5. Eine Schuld, die besteht, obgleich der Kläger ungerechtfertigt mit seiner Klage abgewiesen ist. Dig. 12, 6, 28 und 60 pr. (absolutio veri debitoris.)
6. In einzelnen Fällen wird anerkannt, daß eine ohne rechtliche Grundlage, aber in Erfüllung einer der Sitte und dem Anstand entsprechenden Pflicht gemachte Leistung nicht zurückgefordert werden kann, z. B. formlos versprochene und deshalb klaglose Zinsen. Dig. 13, 6, 7, 11, 3; 46, 3, 5, 2, die in der irrigen Annahme des Bestehens einer Verpflichtung gewährte Dos. Dig. 12, 6, 32, 2.
7. Die obligatio nach capitis deminutio minima Dig. 4, 5, 22.

Über die rechtliche Bedeutung der naturalis obligatio herrscht lebhafter Streit. Unbestritten als ihr Hauptmerkmal gilt, daß sie vom Staat nicht vollkommen anerkannt wird, daß ihr die actio fehlt. Diese fehlt ihr, wie wir aus den oben angeführten Beispielen ersehen haben aus den verschiedensten Gründen. Trotz der Nichtklagbarkeit ist sie aber eine zahlbare Verpflichtung. Ein Zeichen dafür, daß tat-

[4]) Klingmüller S. 16.

[5]) Dig. 46, 1, 16, 3; 46, 1, 16, 4 u. 7; 2, 11, 13.

[6]) z. B. Venulejus Dig. 14, 6, 18; Ulpian Dig. 46, 1, 8, 3; 12, 6, 26, 12.

sächlich ein Schuldverhältnis vorhanden ist, finden wir in dem Ausschluß der condictio indebiti.

Daß die Bezahlung einer Naturalschuld Erfüllung einer Verbindlichkeit und nicht Schenkung ist, wird unseres Erachtens in der wichtigen, aber schwierigen Julianstelle zum Ausdruck gebracht. Dig. 46, 1, 16, 4.

„Naturales Obligationes non eo solo aestimantur, si actio aliqua earum nomine competit, verum etiam cum soluta pecunia repeti non potest: nam licet minus proprie debere dicantur naturale debitores per abusionem intellegi possunt debitores et qui ab his pecuniam recipiunt, debitum sibi recepisse."

Hiernach soll die Rückforderung seitens des Leistenden ausgeschlossen sein, wenn die Leistung in Nichtkenntnis der Klaglosigkeit geschah.

Der Begriff der naturalis obligatio ist von den römischen Schriftstellern nicht fest umgrenzt worden. Ebensowenig haben sie eine Definition aufgestellt. Zusammenfassend können wir sagen, daß die Naturalobligationen darin übereinstimmen, daß sie Schuldverhältnisse sind, bei denen nach erfolgter Leistung die conditio indebiti ausgeschlossen ist, daß sie weiter „unvollkommene Schuldverhältnisse" sind, da eine Klage aus ihnen nicht gegeben wird. Im übrigen sind die Wirkungen in den einzelnen Fällen durchaus verschieden. Sicher ist soviel, daß eine naturalis obligatio, abgesehen von der Klagbarkeit, alle Wirkungen zu äußern vermag, die bei der eigentlichen Obligation möglich sind.[7]) So kann sie zur Aufrechnung benutzt werden,[8]) zur Grundlage eines anderen, eine Klage begründenden Rechtsverhältnisses dienen, z. B. der Novation,[9]) eines Zahlungsversprechens,[10]) einer Bürgschaft,[11]) eines Pfandrechts.[12])

Von den obligationes naturales des römischen Rechts hatte bereits ein großer Teil für das gemeine Recht seine praktische Bedeutung verloren. Der gemeinrechtlichen Wissenschaft ist es aber ebensowenig, wie den römischen Juristen, gelungen, die Frage nach dem Wesen und dem inneren Grunde der naturalis obligatio zu beantworten. Die Erklärungsversuche lassen sich bis auf Accursius zurückverfolgen.[13]) Sie knüpfen meistens an die Bezeichnung der obligatio als „naturalis" an und wollen von hier aus alle Einzelfälle gemeinsam deuten. Die einen suchen das Wesen dieser Erscheinungen im Naturrecht,[14])

---

[7]) Stammler, Schuldverhältnisse S. 27; Dernburg, Pandekten Bd. II § 4.

[8]) Dig. 16, 2, 6.

[9]) Dig. 46, 2, 11.

[10]) Dig. 3, 5, 1, 7.

[11]) Dig. 46, 1, 15.

[12]) Dig. 20, 1, 5 pr.

[13]) Vergl. Schwanert a. a. O. S. 7.

[14]) Weber a. a. O. § 4.

nach anderen sollen sie ihren Ursprung im jus gentium haben.[15]) Brinz[16]) sucht den Grund in der Vernunft oder Billigkeit, Windscheid[17]) geht von dem Gegensatze der juristischen und natürlichen Auffassung aus, Dernburg[18]) endlich leitet sie her aus dem Gegensatz zwischen der bürgerlichen Gesellschaft und dem Staat: Gewissen-Obligationen, die nach den Anschauungen der bürgerlichen Gesellschaft erfüllt werden müssen, gewähre der Staat aus rechtspolitischen Gründen die Klage nicht, wolle sie aber auch nicht völlig unwirksam machen.

Das Rechtsgebilde der naturalis obligatio findet sich auch in den meisten modernen Codifikationen. So:

Preußisches Allgemeines Landrecht I, 11 § 578; I, 16, 178; I, 16, § 184; II, 3 § 23; II, 16 §§ 178, 179;

Code civil Art. 1235.

Sächsisches Bürgerliches Gesetzbuch §§ 1480, 1482 und 1522.

Österreichisches Bürgerliches Gesetzbuch §§ 1432, 1271 und 1272.

Die Tatsache, daß sich die Naturalobligationen in allen angeführten Rechtsordnungen finden, ist ein Hinweis darauf, daß wir es hier wohl mit einem allgemein gültigen Rechtsbegriff zu tun haben.[19])

§ 2.

Das unvollkommene Schuldverhältnis im Bürgerlichen Gesetzbuch.

Die Stellung des heutigen Rechts zu der Frage, ob ein unvollkommenes Schuldverhältnis nach Art der römisch rechtlichen naturalis obligatio im Bürgerlichen Gesetzbuch zu finden ist, ist keineswegs unbestritten. Im Gesetzbuch findet sich eine Regelung der obligatio naturalis nicht. Es wird sogar der Ausdruck „unvollkommene, natürliche, klaglose Verbindlichkeit" oder eine gleichbedeutende Bezeichnung, wie sich aus den Motiven[20]) ergibt, absichtlich vermieden. Die Motive fügen aber an der fraglichen Stelle hinzu, daß in wenigen Fällen der Entwurf das Bestehen einer unvollkommenen Obligation anerkennt, indem durch positive Bestimmung eine Obligation, welche nach allgemeinen Grundsätzen begründet sein würde, nur in unvollkommener Weise reprobiert ist.

Da im Bürgerlichen Gesetzbuch unvollkommene Obligationen nicht erwähnt werden, so folgert Sibert[21]) hieraus ihre Ausschließung.

---

[15]) Puchta a. a. O. § 237; Savigny a. a. O. S. 35.

[16]) a. a. O. S. 42 ff.

[17]) a. a. O. Bd. II S. 161.

[18]) Pandekten Bd. II § 4.

[19]) Vergl. dazu Oertmann in der Allgemeinen Österreichischen Gerichtszeitung 53. Jahrgang Nr. 23 S. 1.

[20]) Motive Bd. II S. 3 u. 4.

[21]) a. a. O. S. 90.

Ebenso ist für Hellwig[22]) die Fassung und Tendenz des Gesetzes ein bestimmender Grund, im Bürgerlichen Gesetzbuch unvollkommene Verbindlichkeiten nicht anerkannt zu finden. Langheineken[23]) endlich leugnet den Begriff der Naturalobligation als materiellrechtliche Besonderheit, namentlich wegen der abweichenden Gestaltung der Einzelfälle, und will der ganzen Erscheinung nur Bedeutung für das Gebiet des Prozeßrechts zuerkennen.

Dieser Ansicht können wir uns nicht anschließen. Wenn der Ausdruck auch vom Gesetzgeber nicht gebraucht wird, so wird doch schon in den Motiven[24]), wie bereits erwähnt, gesagt, daß im Entwurf zum Bürgerlichen Gesetzbuch das Bestehen einer unvollkommenen Verbindlichkeit anerkannt werde. Sie verweisen dabei auf Spiel- und Wettschuld, die verjährte Schuld und die rechtlich unvollkommen anerkannte Sittlichkeits- und Anstandspflicht.

Wenn Langheineken meint, in dem Mangel der Klagbarkeit sei keine materiellrechtliche Eigenschaft, sondern nur eine prozeßrechtliche Besonderheit zu erblicken, so scheint mir das mit Klingmüller[25]) nicht zutreffend. Dieser führt aus: „Eine prozeßrechtliche Besonderheit heißt, die Versagung der Klagbarkeit ist deshalb erfolgt, weil das durch besondere prozeßrechtliche Vorschrift so bestimmt worden ist. Damit ist einmal nichts erklärt, ferner die Frage aus dem Privatrecht ins öffentliche Recht geschoben. Das ist aber unzulässig wegen der modernrechtlichen Maxime von der Allgemeinheit des Rechtschutzes, daß also ohne weiteres jedem materiellem Recht seine Geltendmachung im gerichtlichen Verfahren zukommt. Es handelt sich hier um Ansprüche des Privatrechts, nicht des Prozeßrechts. Diese unzulässige Verschiebung erklärt sich jedoch aus einer eigentümlichen, dem römischen Aktionssystem angenäherten Auffassung von den Grenzen zwischen Zivilrecht und Prozeß, welche der sog. „Rechtsschutzanspruchs-Theorie" Wachs[26]) zu Grunde liegt. Geht man bei dieser Grenzregulierung zu Gunsten des Prozeßrechts, aber unter Außerachtlassung seiner formellen Zwecke soweit, es für ein System subjektiver Rechte, d. h. von Rechtsschutzansprüchen zu erklären, dann erscheinen allerdings die Naturalobligationen innerhalb dieses Systems als Ausnahmen vom Grundsatze, als „prozeßrechtliche Besonderheiten". Diese Verlegung ins Prozeßrecht erklärt aber deswegen nicht die negative Seite bei den Naturalobligationen, die Versagung der Klagbarkeit, weil sonst ihre positive Betätigung auf dem Gebiete des materiellen Rechts liegt."

---

[22]) a. a. O. S. 13.

[23]) Anspruch und Einrede S. 183 ff. Vergl. auch Joerges, Eheliche Lebensgemeinschaft S. 16.

[24]) Bd. II S. 4.

[25]) a. a. O. S. 259.

[26]) Wach, Handbuch des Deutschen Zivilprozesses, Bd. I S. 19 ff.

Außer Sieber, Hellwig und Langheineken[27]) sind alle Autoren der Ansicht, daß sich auch im heutigen Bürgerlichen Gesetzbuch verschiedene Fälle einer naturalis obligatio finden.

Es herrscht aber lebhafter Streit darüber, welche einzelnen Fälle zu den natürlichen oder unvollkommenen oder klaglosen Verbindlichkeiten zu rechnen sind. Verschiedene Fälle des gemeinen Rechts kommen nicht mehr in Frage. So sind die Vorschriften des S. C. Macedonianum zwar in das gemeine Recht, nicht aber in das Bürgerliche Gesetzbuch übergegangen. Nach § 1626 BGB. hört die elterliche Gewalt mit der Volljährigkeit auf. Es gibt daher keine volljährigen Hauskinder mehr. Ebenso finden wir im Bürgerlichen Gesetzbuch die Einrichtung der Lex Falcidia nicht. Nach einem zu Unrecht freisprechenden rechtskräftigen Urteile bleibt von einer unvollkommenen Rechtspflicht nichts übrig.[28])

Die Fälle, denen in irgend einer Hinsicht eine Unvollkommenheit anhaftet, und die daher von den Schriftstellern überhaupt heute zu den natürlichen, klaglosen, unklagbaren, unvollkommenen Verbindlichkeiten gezählt werden, sind folgende:

1. Die verjährte Forderung (§ 222 ff. BGB.).
2. Die Spiel- und Wettschuld (§ 762 BGB.).
3. Der Lotterie- und Ausspielvertrag (§ 763 BGB.).
4. Das Differenzgeschäft (§ 764 BGB.).
5. Der Ehemäklervertrag (§ 656 BGB.).
6. Die sittlichen Pflichten und die Anstandspflichten (§ 814 BGB.).
7. Die Verbindlichkeiten des Gemeinschuldners nach rechtskräftig bestätigtem Zwangsvergleich (§ 193 KO. in Verbindung mit § 814 BGB.).
8. Die Ausstattungspflicht (§ 1624 BGB.).
9. Die promissio op turpem causam (§ 817 Satz 2 BGB.).
10. Der Fall einer in übermäßiger Höhe versprochenen Vertragsstrafe (§ 343 BGB.).
11. Der Fall des in übermäßiger Höhe versprochenen Mäklerlohnes (§ 655 BGB.).
12. Der Anspruch des Besitzers einer fremden Sache oder Erbschaft auf Ersatz der Verwendungen (§§ 1000, 1001, 972, 2022 BGB.).
13. Der von einem in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters geschlossene Vertrag (§§ 110, 114 BGB.).

---

[27]) Wenn Langheineken behauptet, daß auch Cosack (Lehrb. I § 80 Nr. 5 S. 287) den Begriff für das neue Recht ablehne, so scheint mir dies nicht richtig, denn Cosack spricht im Hinblick auf die verjährte Forderung ausdrücklich von einer „unvollkommenen Forderung". Da aber die „rein sittlichen Ansprüche" seiner Ansicht nach überhaupt keine Ansprüche im Rechtssinne sind, so wendet er sich dagegen, diese mit der verjährten Forderung zu einer Gruppe zusammen zu fassen (vergl. Klingmüller S. 213).

[28]) Motive Bd. I S. 317.

14. Die formwidrigen Verträge (§§ 313, 518, 766 BGB.).
15. Die Verurteilung zur Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft und zur Leistung von Diensten (§ 888 Abs. 2 ZPO.).
16. Das Verlöbnis (§ 1297 BGB.).
17. Ansprüche der Frau gegen den Mann aus dessen Verwaltungs- und Nutznießungsrecht am eingebrachten Gute vor der Beendigung des Güterstandes (§ 1394 Satz 1 BGB. Vergl. § 1525 Abs. 2 BGB.).
18. Der Anspruch des Rentenschuldgläubigers auf Zahlung der Ablösungssumme aus dem Grundstück (§ 1202 Abs. 3 BGB.).

Im folgenden werden wir die angeführten Fälle daraufhin untersuchen, ob wir sie als „unvollkommene Schuldverhältnisse" betrachten können. Hierzu ist erforderlich, daß wir uns zuerst über den Begriff des „unvollkommenen Schuldverhältnisses" klar werden.

II. Abschnitt.

Die Begriffsbestimmung des unvollkommenen Schuldverhältnisses.

Die zur Einheit verbundenen zwei Worte „unvollkommene Schuldverhältnisse" sagen uns, daß wir es hier zwar mit „Schuldverhältnissen" zu tun haben, aber mit solchen, die in irgend einer Hinsicht unvollkommen sind.

Ein wesentliches Merkmal eines Schuldverhältnisses ist die Verpflichtung zur Leistung und infolgedessen der Ausschluß der condictio indebiti nach der Leistung. Dies muß also auch vom unvollkommenen Schuldverhältnis gelten.

Die Unvollkommenheit eines „Schuldverhältnisses" kann nur in dem Fehlen von unwesentlichen, aber rechtlich bedeutsamen Merkmalen liegen. Als derartige Mängel finden wir im Bürgerlichen Gesetzbuche die folgenden:

Die Ungeeignetheit eines Schuldverhältnisses zur Pfand- und Bürgschaftsbestellung, zur Aufrechnung, Zession; Wirkungslosigkeit des Schuldanerkenntnisses, der Vertragsstrafe; der Mangel der Klagemöglichkeit überhaupt und die Unmöglichkeit, eine Klage gegen den Willen des Schuldners mit Erfolg durchzusetzen; die Unmöglichkeit, eine Feststellungsklage zu erheben, die Zwangsvollstreckung zu betreiben.

Alle Schuldverhältnisse, die an einem der angeführten Mängel leiden, sind als „unvollkommene Schuldverhältnisse im weiteren

Sinne" aufzufassen. Mit dieser Feststellung können wir uns aber bei der großen Verschiedenheit in der rechtlichen Behandlung der einzelnen Fälle nicht zufrieden geben.

Aus Zweckmäßigkeitsgründen, die in der vom Gesetzgeber gewählten gleichen Behandlungsart zu finden sind, erscheint es richtig, die wichtigste Unvollkommenheit herauszugreifen und die mit ihr behafteten Schuldverhältnisse zu einer Einheit unter dem Namen „unvollkommene Schuldverhältnisse im engeren Sinne" zusammen zu fassen. Als wichtigste Unvollkommenheit erscheint aber der Umstand, daß eine an sich bestehende Verpflichtung zur Leistung nicht erzwungen werden kann.

Wir können daher das „unvollkommene Schuldverhältnis im engeren Sinne", das heißt dasjenige im Sinne der Abhandlung, dahin definieren: Das unvollkommene Schuldverhältnis ist ein Schuldverhältnis, dem die Erzwingbarkeit fehlt.

Die römischen Juristen haben nicht versucht, eine Definition des unvollkommenen Schuldverhältnisses aufzustellen.

Brinz[1]) sagt: Die naturalis obligatio ist zahlbar, aber nicht klagbar.

Kuhlenbeck[2]) bezeichnet ihr Wesen mit den Worten: Die Naturalobligation ist erfüllbar, nicht erzwingbar.

Stammler[3]) äußert sich dahin: Die Nationalobligationen sind rechtliche Verpflichtungen, die aber nicht eingeklagt werden können.

Klingmüller[4]) schlägt als Begriffsbestimmung vor:

> Naturobligationen, unvollkommene Schuldverhältnisse oder natürliche Verbindlichkeiten sind Schuldverhältnisse, bei denen das Leistensollen des Schuldners nicht erzwingbar ist.

Diese sämtlichen Definitionen bringen, wie auch die unsrige, zum Ausdruck, daß zwar eine Erfüllung des unvollkommenen Schuldverhältnisses möglich ist, daß dem Gläubiger aber ein Mittel, die Erfüllung gegen den Willen des Schuldners zu erzwingen, nicht zur Seite steht.

Die meisten Schriftsteller wählen zur Bezeichnung dieser Obligationen die wörtliche Übersetzung von „naturalis obligatio" „natürliche Verbindlichkeit". Mir erscheint mit Dernburg[5]) und Stammler[6]) der Ausdruck „unvollkommenen" zweckmäßig, indem ich hierbei auch der in den Motiven[7]) gegebenen Anregung folge. Meines

---

[1]) a. a. O. S. 48.
[2]) a. a. O. Bd. II S. 8.
[3]) Schuldverhältnisse S. 27.
[4]) a. a. O. S. 273.
[5]) Bürgerliches Recht Bd. II S. 9.
[6]) Recht der Schuldverhältnisse S. 26.
[7]) a. a. O. Bd. II S. 3 u. 4.

Erachtens weist der Ausdruck „unvollkommen" besser auf die Mangelhaftigkeit der Obligationen hin, als die meistens gewählte Übersetzung von „naturalis" in „natürlich".

Gelegentlich wird auch von „klaglosen Verbindlichkeiten" gesprochen, um den auffälligsten Gegensatz zu den vollkommenen Schuldverhältnissen zu bezeichnen. Diese Bezeichnung ist aber nicht genau, da die Möglichkeit besteht, daß die in Frage kommenden Schuldverhältnisse durch Feststellungsklage klagbar werden können.[8])

Bekkers[9]) Vorschlag, von „unerzwingbaren Schuldverhältnissen" zu sprechen, möchte ich wegen der Unhandlichkeit der Bezeichnung ablehnen, obwohl der Ausdruck das Richtige trifft.

Für den Ausdruck „obligatio" erscheint das Wort „Schuldverhältnis" zutreffend, da das Bürgerliche Gesetzbuch statt des Wortes „obligatio" die Bezeichnung „Schuldverhältnis" wählt. Hiermit ist unter Vermeidung des Fremdwortes eine das gesamte obligatorische Verhältnis, Forderungsrecht und entsprechende Verbindlichkeit, möglichst deckende Bezeichnung genommen. Levy[10]) spricht statt von unvollkommenen Schuldverhältnissen von „Erfolgsverbindlichkeiten", indem er sich dabei eines Bildes bedient: „Die Verbindlichkeit ist latent, erst durch die Erfüllung wird sie frei." Das ist, wie Klingmüller[11]) richtig ausführt, technisch wie dogmatisch unzureichend. Der Ausdruck ist auch für Juristen unverständlich; er stützt sich auf die bereits überwundene Anschauung, als ob diese Verbindlichkeiten sich erst mit der Erfüllung als rechtliche betätigten.

Die im Bürgerlichen Gesetzbuche vorkommenden unvollkommenen Schuldverhältnisse sind in ihrer Wirksamkeit sehr verschieden. Unseres Erachtens werden wir zwei Hauptgruppen zu unterscheiden haben.[12])

Der Unterschied besteht im folgenden:

Bei der ersten Gruppe handelt es sich um unvollkommene Schuldverhältnisse, denen das Gesetz aus besonderen Gründen bis auf vereinzelte rechtliche Wirkungen die Anerkennung versagt.

Bei der zweiten Gruppe finden wir Verpflichtungen, die das Sittengefühl der Volksgesamtheit zu Geboten erhoben hat, und denen das Gesetz seinen Schutz zu Teil werden läßt. Sie haben durch das Bürgerliche Gesetzbuch eine gewisse rechtliche Anerkennung erlangt. Die Erfüllung der Verpflichtung kann zwar nicht erzwungen werden, sie reicht aber als rechtlicher Grund für die bewirkte Leistung aus. Denn das Gesetz schließt die Rückforderung der durch Anstand

---

[8]) Siehe Abschnitt IV § 6 III. Vergl. auch Klingmüller S. 214 und Jaeger Kommentar zur Konkursordnung. § 193 Anm. 6.

[9]) Vergl. Zuschr. d. Sav. St. Bd. XXIV S. 35.

[10]) Die naturalis obligatio im BGB. S. 24.

[11]) Klingmüller a. a. O. S. 215.

[12]) Regen a. a. O. S. 19.; Meyer a. a. O. S. 20; Stammler, Recht der Schuldverhältnisse S. 28 ff.

und Sitte gebotenen Leistung aus, auch wenn der Leistende irrtümlich annahm, daß er zur Leistung verpflichtet sei.

Bei der ersten Gruppe haben wir Forderungen, bei denen die Leistung zwar nicht erzwingbar ist, die aber sonst Wirkungen einer vollkommenen Forderung haben können. Den Verpflichtungen der zweiten Gruppe stehen aber überhaupt keine Forderungen im Rechtssinne gegenüber und weitere rechtliche Wirkungen als die condictio indebiti sind ihnen nicht zuteil geworden.

Zur ersten Gruppe rechnen wir die verjährte Forderung, Spiel und Wette, Lotterie- und Ausspielvertrag, Differenzgeschäft, das Versprechen eines Ehemäklerlohnes und die Restschuld nach einem rechtskräftig bestätigten Zwangsvergleich.

Zur zweiten Gruppe sind zu rechnen Leistungen, die durch eine sittliche Pflicht oder eine auf den Anstand zu nehmende Rücksicht geboten sind, und die Ausstattungspflicht.

III. Abschnitt.

Die Arten des unvollkommenen Schuldverhältnisses im Bürgerlichen Gesetzbuche.

§ 1.

Der verjährte Anspruch.

In der verjährten Forderung erblicken wir in Übereinstimmung mit den meisten Schriftstellern[1]) einen Hauptanwendungsfall der unvollkommenen Schuldverhältnisse.

Der § 222 Abs. 1 BGB. bestimmt, daß nach der Vollendung der Verjährung der Verpflichtete berechtigt ist, die Leistung zu verweigern. Von dem Verpflichteten hängt es demnach ab, die Zahlung zu leisten oder zu verweigern. Seine Verpflichtung zur Leistung besteht auch nach Eintritt der Verjährung fort. Macht der Verpflichtete von seinem Leistungsverweigerungsrecht keinen Gebrauch, dann hat die Forderung auch weiterhin alle Wirkungen einer rechtswirksamen Forderung. Die eingetretene Verjährung nimmt der Forderung die Klagbarkeit noch nicht. Von amtswegen wird die eingetretene Verjährung nicht berücksichtigt. Erscheint der Verpflichtete in dem anberaumten Termine zur mündlichen Verhandlung nicht oder macht er seine Einrede nicht geltend, so erfolgt seine Verurteilung.

---

[1]) z. B. Klingmüller S. 215; Endemann § 92 S. 553; Kipp zu Windscheid Bd. II S. 175; Kuhlenbeck Bd. II S. 9: Planck Bd. II, Vorbemerkung; Stammler, Schuldverhältnisse S. 28; Ubbelohde S. 217; Enneccerus Bd. I § 218. Vergl. auch die Zusammenstellung bei Langheineken, S. 189.

Auch nach eingetretener Verjährung ist die Forderung erfüllbar. Gemäß § 222 Abs. 2 Satz 1 BGB. kann das zur Befriedigung eines verjährten Anspruchs Geleistete nicht zurückgefordert werden. Die von dem Verpflichteten freiwillig erfüllte verjährte Forderung ist keine Schenkung (vergl. § 516 BGB.), sondern eine debiti solutio. Der § 222 Abs. 2 S. 1 bestimmt sogar, daß die Rückforderung auch dann ausgeschlossen ist, wenn die Leistung in Unkenntnis der Verjährung erfolgt ist. Da § 313 BGB. bestimmt, daß das zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete auch dann zurückgefordert werden kann, wenn dem Anspruch eine Einrede entgegenstand, durch welche die Geltendmachung des Anspruchs dauernd ausgeschlossen wurde, so zeigt die Ausnahmebestimmung des § 222 Abs. 2 S. 1, daß der Anspruch durch Verjährung nicht völlig untergegangen ist.

Wir haben demnach festgestellt, daß der verjährte Anspruch trotz der Verjährung noch fortbesteht, und die verjährte Schuld zwar nicht erzwingbar, aber eine irrtümliche Erfüllung derselben unwiderruflich ist. Daraus folgt, daß die verjährte Forderung als unvollkommenes Schuldverhältnis fortbesteht.

Aber darüber hinaus äußert die verjährte Schuld noch verschiedene andere rechtliche Wirkungen eines vollkommenen Schuldverhältnisses, so daß die verjährte Schuld in ihrer rechtlichen Betätigung fast als eine vollkommene Schuld erscheint. Mit Ausnahme der Nichterzwingbarkeit der Leistung kommen ihr, wie wir noch näher erörtern müssen, alle Wirkungen eines Schuldverhältnisses zu, und auch diese Wirkung besteht so lange, bis der Schuldner sein Leistungsverweigerungsrecht geltend macht.

§ 2.

Spiel-, Wette-, Lotterie- und Ausspielvertrag und Differenzgeschäft.

1. Wir wenden uns nunmehr unvollkommenen Schuldverhältnissen zu, deren Wirkungen schwächer als diejenigen der verjährten Forderung sind.

Zuerst sollen die aus Spiel- und Wettverträgen entstehenden Schuldverhältnisse behandelt werden.

Wer von den Schriftstellern überhaupt das Vorhandensein von unvollkommenen Schuldverhältnissen annimmt, findet in ihnen Anwendungsfälle.

Nach römischem und gemeinem Recht waren Wetten klagbar, während Spiele im römischen Recht nichtig und unklagbar waren. Im gemeinen Recht galten Spiele dagegen als erlaubt. Wenn Spielschulden auch nicht einklagbar waren, so war doch auf Grund deutschrechtlicher Einflüsse, — soweit nicht Spielverbote bestanden, die Nichtigkeit zur Folge hatten — eine Rückforderung des Gezahlten ausgeschlossen.

Im § 762 BGB. wird folgendes bestimmt:

„Durch Spiel oder Wette wird eine Verbindlichkeit nicht begründet. Das auf Grund des Spiels oder der Wette Geleistete, kann nicht deshalb zurückgefordert werden, weil eine Verbindlichkeit nicht bestanden hat.

Diese Vorschriften gelten auch für eine Vereinbarung, die der verlierende Teil zum Zwecke der Erfüllung einer Spiel- oder Wettschuld dem gewinnenden Teil gegenüber eine Verbindlichkeit eingeht, insbesondere für ein Schuldanerkenntnis."

Damit sind die Kriterien des unvollkommenen Schuldverhältnisses aufgestellt. Die Spiel- und Wettforderung ist nicht einklagbar. Es kann weder auf Vornahme des Spiels, noch auf Einzahlung des Einsatzes, noch auf Auszahlung des Gewinnes geklagt werden. Der Spiel- oder Wettforderung steht nicht etwa nur eine Einrede entgegen, die Forderung ist abgesehen von der Erfüllbarkeit unwirksam.[2]) Der Richter muß im Rechtsstreit diese Unwirksamkeit berücksichtigen und zwar sowohl im Versäumnisverfahren, als auch dann, wenn der Beklagte sich nicht darauf beruft, daß die geltend gemachte Forderung eine Spiel- oder Wettschuld ist.

Maßgebend für die vom BGB. gewählte Behandlung des Spiels und der Wette war der Gedanke, daß diese Verträge eines Rechtsschutzes nicht würdig seien.

Der Spiel- und Wettvertrag verstößt aber an sich nicht gegen die guten Sitten.[3]) Das Rechtsgefühl der Billigdenkenden verlangt die Möglichkeit der Erfüllung der Spiel- und Wettschulden. Es erscheint daher gerecht, wenn das BGB. die Zurückforderung des Geleisteten ausschließt. Hat jemand auf Grund eines Spiel- oder Wettvertrages geleistet, so kann er sich nicht nachträglich darauf berufen, daß er die Unverbindlichkeit eines solchen Vertrages nicht gekannt, oder daß er den Charakter des Vertrages als eines Spieles oder einer Wette verkannt habe. Der § 762 Abs. 2 BGB. greift über § 814 hinaus.[4])

Auch den Erben des Schuldners, die in Unkenntnis von dem wirklichen Entstehungsgrunde die Schuld bezahlt haben, ist die Rückforderung versagt.[5])

Eine Antwort auf die Frage, ob auf ein zu Spiel- und Wettzwecken gegebenes Darlehn dieselben Vorschriften anzuwenden sind, wie auf die Spiel- und Wettschuld, gibt das BGB. nicht. Es ist zu unterscheiden: Gibt der Gewinner dem Verlierer ein Darlehn, damit er ihm davon die Spiel- oder Wettschuld bezahle, so findet die Vorschrift des § 762 Abs. 2 BGB., wenn nicht unmittelbare, so doch

---

[2]) Entsch. d. RG. in Strafsachen Bd. 36 S. 207.

[3]) Entsch. des RG. Bd. 43 S. 150; Holdheims Monatsschrift Bd. 13 Seite 49.

[4]) Kommentar der Reichsgerichtsräte zu § 762 Ziffer 3.

[5]) Motive Bd. II S. 644. Planck a. a. O. zu § 762.

entsprechende Anwendung.[6]) Dagegen fällt das zu Spiel- und Wettzwecken von einem Dritten gegebene Darlehn nicht unter § 762 BGB. Hierbei erhält der Spieler oder Wetter die Verfügungsgewalt über die ihm geliehene Summe. Zweifellos besteht aber zwischen der Eingehung einer Darlehnsschuld, selbst wenn davon eine Leistung für Spiel und Wette gemacht wird oder gemacht werden soll, und der Spiel- und Wettschuld selber ein großer Unterschied.[7]) Ebenso wird § 762 BGB. nicht zur Anwendung kommen, wenn jemand einem anderen zur Bezahlung einer Spielschuld ein Darlehn gibt. Hierdurch wird das Spiel nicht gefördert, es wird vielmehr nur eine bereits eingegangene Verbindlichkeit getilgt.[8]) Zu prüfen bleibt immer, ob ein solches Darlehn nicht vielleicht gegen die guten Sitten verstößt und aus diesem Grunde nicht klagbar ist. Diese Frage ist nach den vorliegenden besonderen Umständen des Einfalles zu bejahen oder zu verneinen. Hierauf näher einzugehen, würde zu weit führen. Es sei nur auf die Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 70 S. 1 und Bd. 67 S. 355 hingewiesen.

Auch über die rechtliche Behandlung des Auftrags zum Spiel äußert sich das Bürgerliche Gesetzbuch nicht. Es erscheint aber richtig, daß Ansprüche aus diesem Auftrage den Spiel- und Wettschulden gleichgeachtet werden. Andernfalls würde der Zweck des Gesetzes vereitelt werden, wenn z. B. jemand, der einen anderen für sich spielen oder wetten und die Spieleinsätze und -Verluste oder die Wettbeträge für sich auslegen läßt, also auf Borg spielt oder wettet, von seinem Beauftragten zur Zahlung der entstandenen Schuld gezwungen werden könnte[9].) Der Auftraggeber kann nicht auf Ausführung des Auftrags klagen. Ihm steht auch keine Klage zu auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung oder wegen entgangenen Gewinns. Hat der Beauftragte aber den Auftrag ausgeführt, dann kann der Auftraggeber gegen ihn auf Herausgabe des durch die Ausführung des Auftrags Erlangten klagen (§ 667 BGB.). Das Geschäft ist nicht unsittlich. Spiel und Wette werden auch nicht gefördert, es wird nur der Gewinn an den gebracht, dem er gebührt.[10])

Was für den Auftrag gilt, ist auch auf das Kommissionsgeschäft anwendbar.[11])

II. Aus dem Wortlaut des § 763 BGB.:

„Ein Lotterievertrag oder ein Ausspielvertrag ist verbindlich, wenn die Lotterie oder die Ausspielung staatlich genehmigt ist. Anderenfalls finden die Vorschriften des § 762 Anwendung"

---

[6]) Jur. Wochenschr. 1902 S. 339.

[7]) Kommentar d. RGR S. 566.

[8]) Endemann a. a. O. Bd. I § 187 S. 1173 Anm. 10; Dernburg a. a. O. § 213 III. S. 143; Planck a. a. O. zu § 762 III.

[9]) Vergl. Kom. d. RGR. S. 566.

[10]) Entsch. d. R. G. in Zivilsachen Bd. 58 S. 280.

[11]) Jur. Wochenschr. 1906 S. 228; § 383 ff. HGB.; § 70 Börsen-Gesetz.

folgt, daß die staatlich nicht genehmigten Lotterie- und Ausspielverträge dem Spiel und der Wette gleichgestellt sind. Es werden demnach durch sie unvollkommene Schuldverhältnisse erzeugt.

Die Lotterie ist ein Unternehmen, das den Abschluß von Verträgen mit mehren Personen bezweckt, vermöge deren sie einen bestimmten Einsatz zu entrichten haben, wogegen ihnen gemäß des Lotterieplans und je nach der Glückschance Gewinne oder Nieten zuteil werden.[12])

Das Ausspielgeschäft ist nur eine besondere Art der Lotterie. Bei der Lotterie wird dem Gewinner eine Quantität generell bestimmter Sachen, meistens Geld, versprochen, während der Unternehmer beim Ausspielgeschäft bestimmte Gegenstände in Aussicht stellt.

Lotterie- und Ausspielverträge sind unwirtschaftlich und erheben sich keineswegs über Spiel und Wette. Das Gesetz räumt aber den staatlich genehmigten im steuerlichen Interesse eine bevorrechtigte Stellung ein.

Das Strafgesetzbuch erklärt im § 286 das ohne obrigkeitliche Erlaubnis unternommene öffentliche Lotterie- und Ausspielgeschäft für strafbar. Verträge, die gegen dieses Verbot verstoßen, sind nichtig (§ 134 BGB.). Das auf Grund eines solchen Vertrages Gezahlte ist daher kondizierbar.

III. In den Entwürfen zum Bürgerlichen Gesetzbuch ist vom Differenzgeschäft nicht die Rede, da diese Materie mit Rücksicht auf das damals in Beratung befindliche Börsengesetz in dem Gesetzbuch nicht geregelt werden sollte. Im Hinblick auf die schwankende Rechtsprechung des Reichsgerichts, die das Differenzgeschäft zuerst für klagbar, dann als Spielvertrag für klaglos erklärte, beschloß die Reichstagskommission auch im Bürgerlichen Gesetzbuch die Frage zu regeln. Sie bestimmte in § 764 BGB. folgendes:

„Wird ein auf Lieferung von Waren oder Wertpapieren lautender Vertrag in der Absicht geschlossen, daß der Unterschied zwischen dem vereinbarten Preise und dem Börsen- oder Marktpreise der Lieferungszeit von dem verlierenden Teile an den gewinnenden gezahlt werden soll, so ist der Vertrag als Spiel anzusehen. Dies gilt auch dann, wenn nur die Absicht des einen Teiles auf die Zahlung des Unterschiedes gerichtet ist; der andere Teil aber diese Absicht kennt oder kennen muß.

Es sind zwei Arten von Differenzgeschäften zu unterscheiden: das offene und das verdeckte Differenzgeschäft. Von ersterem spricht man, wenn ausdrücklich im Vertrag vereinbart wird, daß eine wirkliche Lieferung ausgeschlossen sein soll. Es kommt niemals vor.[13]) Beim verdeckten Differenzgeschäft besteht nur stillschweigend die Absicht, eine

---

[12]) Dernburg Bürgerl. Recht Bd. II § 214 S. 145; Kom. der RGR. zu § 763 I.

[13]) Vergl. Entsch. d. RG. Bd. 34 S. 87 Kom. d. RGR. zu § 764.

wirkliche Lieferung nicht eintreten zu lassen. Der Vertrag ist dann nur zum Schein auf wirkliche Lieferung gerichtet.

Im Einzelfalle kann es natürlich schwierig sein, festzustellen, ob tatsächlich ein verdecktes Differenzgeschäft vorliegt. Das Gericht wird alle Begleitumstände prüfen müssen. Ein verdecktes Differenzgeschäft wird insbesondere dann vorliegen, wenn der Käufer oder der Verkäufer seinem Vermögen nach garnicht in der Lage ist, Geschäfte in einer derartigen Höhe zu machen, oder wenn es sich um Papiere handelt, die allgemein als Spielpapiere gehandelt werden.

Das Bürgerliche Gesetzbuch sieht im § 764 das Differenzgeschäft als Spiel an; wir können daher auf unsere unter I gemachten Ausführungen verweisen.

Durch das Börsengesetz vom 22. Juni 1896 und besonders durch die Abänderung dieses Gesetzes vom 8. Mai 1908 ist aber der Wirkungskreis des § 764 BGB. erheblich eingeschränkt worden. Das alte Börsengesetz vom Jahre 1896 behandelte das Börsentermingeschäft grundsätzlich als unverbindliches Spielgeschäft. Nur wenn beide Parteien zur Zeit des Geschäftsabschlusses für den in Frage kommenden Geschäftszweig ins Börsenregister eingetragen waren, war eine Ausnahme von dieser Regel gegeben.[14])

Das neue Börsengesetz ist dem Börsentermingeschäft bedeutend günstiger.

Hier sind zuerst zwei Fälle unterschieden:

A. Verstößt das abgeschlossene Börsentermingeschäft gegen ein gesetzliches Verbot, so ist es nichtig (§ 134 BGB.). Hierher gehören Börsentermingeschäfte in Getreide und in Erzeugnissen der Getreidemüllerei (§ 65 Börs.-G.). Bei diesen Geschäften ist ein Anspruch auf Erfüllung nicht gegeben, und das auf Grund des Geschäfts Geleistete kann binnen zwei Jahren zurückgefordert werden.

B. Handelt es sich um ein erlaubtes Börsentermingeschäft, so sind wieder drei Fälle zu unterscheiden:

a) Sind auf beiden Seiten als Vertragsschließende Kaufleute, die in das Handelsregister eingetragen sind, oder deren Eintragung nach § 36 HGB. nicht erforderlich ist, oder eingetragene Genossenschaften beteiligt, oder Kaufleute, die diesen gemäß § 53 Abs. 2 Börs.-G. gleichgestellt sind, so ist das Termingeschäft wirksam.

Gemäß § 53 Abs. 2 stehen aber den im § 53 Abs. 1 Börs.-G. bezeichneten Kaufleuten die Personen gleich, die zur Zeit des Geschäftsabschlusses oder früher berufsmäßig Börsentermingeschäfte oder Bankiergeschäfte betrieben haben oder zum Besuch einer dem Handel mit Waren der bei dem Geschäft in Frage kommenden Art oder einer dem Handel mit Wertpapieren dienenden Börse mit der Befugnis zur Teilnahme am Börsenhandel dauernd zugelassen sind, ferner die-

[14]) Vergl. § 66 des Börs.-G. vom 22. Juni 1896.

jenigen, die im Inlande zur Zeit des Geschäftsabschlusses weder einen Wohnsitz noch eine gewerbliche Niederlassung haben.

Aus den Motiven zur Novelle[15]) des Börsengesetzes ergibt sich, daß bei Aufnahme der angeführten Bestimmungen von der Ansicht ausgegangen wurde, daß das Börsentermingeschäft als die technisch vollkommenste Form des Spekulationsgeschäftes von dem Börsenverkehr nicht ohne Schaden entbehrt werden kann, andererseits wurde aber erwogen, daß mit der großen Handlichkeit des Börsentermingeschäfts und der Möglichkeit, große Umsätze mit verhältnismäßig geringen Mitteln zu bewirken, die Gefahr einer Beteiligung unerfahrener und kapitalschwacher Kreise in besonders hohem Maße verbunden ist. Die Novelle will deshalb eine Börsenrechtssphäre schaffen, innerhalb deren allein dem Börsenterminhandel völlige Freiheit eingeräumt werden kann. Diesem Zwecke dient die Begrenzung des Personenkreises, die durch § 53 Börs.-G. vorgenommen wird. Die hierher gehörenden Personen können wir wohl als „termingeschäftsmündig" bezeichnen.[16])

In den Fällen des § 53 Börsengesetzes bestehen daher nach den vorstehenden Ausführungen für beide Parteien klagbare Ansprüche.

b) Fehlen beiden Parteien die Voraussetzungen des § 53 Börs.-G., so ist das Börsentermingeschäft unverbindlich (§ 52 Börs.-G.). Gemäß § 55 Börs.-G. kann aber das auf Grund des Geschäftes Geleistete nicht deshalb zurückgefordert werden, weil für den Leistenden nach den §§ 52 bis 54 Börs.-G. eine Verbindlichkeit nicht bestanden hat. Diese Bestimmung ist dem § 762 BGG. nachgebildet und schließt die Rückforderung des auf Grund zwar nicht verbotener, aber nicht wirksamer Börsentermingeschäfte tatsächlich Geleisteten aus, wie es das Bürgerliche Gesetzbuch bei dem auf Grund des Spiels oder der Wette Geleisteten tut. Allen nicht verbotenen Börsentermingeschäften ist daher die Wirkung beigelegt, daß sie erfüllbar sind.

Aus dem Gesagten folgt, daß dies Börsentermingeschäft ein unvollkommenes Schuldverhältnis im Sinne unserer Abhandlung begründet.

Schon hier mag hervorgehoben werden, daß im § 56 Börs.-G. ausdrücklich die Bestimmung getroffen ist, den Gegner durch Aufrechnung mit Forderungen aus anderen Börsentermingeschäften zwangsweise zu befriedigen.

c) Endlich besteht noch die Möglichkeit, daß nur eine der Parteien termingeschäftsmündig im Sinne des § 53 Börs.-G. ist. Hier sind dieselben Bestimmungen getroffen, wie im Falle B. b); auch gelten wie dort die Bestimmungen der §§ 55—57 Börs.-G. In diesem Falle liegt demnach ebenfalls ein unvollkommenes Schuldverhältnis vor.

---

[15]) a. a. O. S. 11 und 12.

[16]) Vergl. auch Reichel, Unklagbare Ansprüche S. 30.

Eine Sonderbestimmung ist aber insoweit getroffen, als der § 54 Börs.-G. bestimmt, daß die termingeschäftsmündige Partei, welcher der andere Teil Sicherheit in Geld oder Wertpapieren mit der ausdrücklichen schriftlichen Ermächtigung, sich aus ihr für Verluste aus Börsenterminegeschäften zu decken, bestellt hat, aus dieser Sicherheit Befriedigung suchen kann; auch ist das Geschäft in diesem Falle für ihn verbindlich. Die Sicherheitsleistung des Termingeschäftsunmündigen dem Termingeschäftsmündigen gegenüber ist also eine Voraussetzung, für die für diesen bestehende Wirksamkeit des Geschäfts. Der Zweck der Bestimmung in Verbindung mit den im Paragraphen festgesetzten Beschränkungen in Bezug auf die Gegenstände der Sicherheitsleistung und in Verbindung mit den strengen Formvorschriften ist, dem nicht Termingeschäftsmündigen, den der Gesetzgeber gerade insoweit als nicht voll geschäftsfähig ansieht, die Gefahr, die er läuft, klar zu machen.[17])

§ 3.

Der Ehemäklervertrag.

Ein weiteres unvollkommenes Schuldverhältnis finden wir[18]) im § 656 BGB. Dieser lautet:

„Durch das Versprechen eines Lohnes für den Nachweis der Gelegenheit zur Eingehung einer Ehe oder für die Vermittlung des Zustandekommens einer Ehe wird eine Verbindlichkeit nicht begründet. Das auf Grund des Versprechens Geleistete kann nicht deshalb zurückgefordert werden, weil eine Verbindlichkeit nicht bestanden hat.

Diese Vorschriften gelten auch für eine Vereinbarung durch die der andere Teil zum Zwecke der Erfüllung des Versprechens dem Mäkler gegenüber eine Verbindlichkeit eingeht, insbesondere für ein Schulderkenntnis."

Im gemeinen Recht war nach herrschender Ansicht[19]) das Versprechen der Mäklergebühr für eine Heiratsvermittlung rechtsgültig, sie konnte eingeklagt werden. Auch im ersten Entwurf zum Bürgerlichen Gesetzbuch war die Klagbarkeit anerkannt. Erst durch die Reichstagskommission wurde die Bestimmung des § 656 in das Bürgerliche Gesetzbuch aufgenommen. Das Reichsgericht hat daher auch unter Berücksichtigung dieses Umstandes entschieden, daß, wenn der Lohn vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs versprochen, der Erfolg der Mäklertätigkeit, das heißt das Zustandekommen der Ehe, erst nach dieser Zeit eingetreten ist, der § 656 BGB. nicht anwendbar ist.[20])

---

[17]) Vergl. Motive zur Novelle des BG. S. 14.

[18]) Ebenso die herrschende Meinung. Vergl. Klingmüller S. 222, Dernburg Bd. II S. 489; Stammler Schuldverhältnisse S. 29; Windscheid-Kipp Bd. II S. 175.

[19]) RG. bei Blum Bd. II S. 217.

[20]) Entsch. d. RG. Bd. 46 S. 154; Bd. 57 S. 21.

Die Fassung des § 656 BGB. weist eine unverkennbare Ähnlichkeit mit der Fassung des § 762 BGB. auf. Er wird auch in demselben Sinne wie § 762 BGB. ausgelegt werden müssen. Das Versprechen des Ehemäklerlohnes kann nicht als unsittlich gelten. Richtig ist, daß der geschäftsmäßige Betrieb der Ehevermittlung eine Herabsetzung des Ansehens der Ehe zur Folge haben kann — hierin könnte ein unsittliches Moment liegen —, damit ist aber nicht festgestellt, daß die Vermittlerdienste unsittlich sind. Kohler[21]) geht sicher zu weit, wenn er glaubt, daß durch die Bestimmung des § 656 BGB. die Rechtsregel Gesetz geworden sei, daß Ehemäklergeschäfte allgemein unsittlich seien.[22])

In Frankreich herrscht allerdings in der Rechtsprechung die Neigung, den Ehemäklervertrag als völlig unwirksam zu betrachten. Das Reichsgericht trat dieser Ansicht aber in einer für das Gebiet des französischen Rechts erlassenen Entscheidung entgegen.[23]) Hiernach ist der Mäklervertrag nur dann nichtig, wenn eine Mäklergebühr nicht für die aufgewandten Bemühungen, sondern für den Fall der Herbeiführung der Ehe versprochen worden ist, insbesondere also, wenn die Gebühr in einem Prozentsatz der Mitgift bestehen soll.[24])

Gemäß § 656 BGB. ist das Versprechen des Ehemäklerlohnes nicht geeignet, eine klagbare Forderung zu begründen. Ist die Schuld aber einmal bezahlt worden, sei es auch irrtümlich, so kann die Leistung nicht in Gemäßheit des § 812 BGB. zurückgefordert werden. Die Rückforderung ist aber natürlich zulässig, wenn die Eingehung des Vertrages etwa wegen Betruges oder Zwanges angefochten ist.

Außer den Lohnansprüchen wird man auch die Rückerstattung der Auslagen, die durch die Vermittlertätigkeit dem Mäkler entstanden sind, versagen müssen.

Gemäß § 656 Abs. 2 werden die zur Tilgung des Ehemäklerlohnes eingegangenen Verbindlichkeiten genau so behandelt, wie die Verbindlichkeit selbst. Das Versprechen des Ehemäklerlohnes wird daher auch nicht durch Umwandlung in eine neue abstrakte Schuldform klagbar. Ist die Leistung aber erfolgt, so kann sie nicht zurückgefordert werden.

§ 4.

Die sittlichen Pflichten und die Anstandspflichten.

Wir wenden uns nunmehr der zweiten Gruppe der unvollkommenen Schuldverhältnisse zu, nämlich den sittlichen Pflichten und den Anstandspflichten. Während der Schuldner bei der Erfüllung der bisher behandelten unvollkommenen Schuldverhältnisse einer recht-

---

[21]) Im Archiv für Bürgerliches Recht Bd. 12 S. 317.

[22]) Vergl. Kommentar der Reichsgerichtsräte zu § 656 Zif. 2.

[23]) Entsch. v. 8. I. 1892, Blum Bd. II S. 217.

[24]) Vergl. Klingmüller S. 222.

lichen Verpflichtung nachkam, ist der Leistende bei den folgenden Schuldverhältnissen nur moralisch verpflichtet.

Die Beobachtung einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht ist die Befolgung einer Konventionalregel.[25]) Kein Rechtssatz zwingt uns, sie zu befolgen, sie tritt vielmehr einladend von außen an uns heran. Sie gilt nur soweit, als der Befolgende sie selbst anerkennt und will. Da sich innerhalb bestimmter Volkskreise bestimmte Regeln über den Verkehr oder über die Verteidigung der Ehre gebildet haben, so sind die Angehörigen dieses Kreises ohne rechtliche Verpflichtung gezwungen, wenn sie sich nicht einer Minderung ihres Ansehens oder gar einer Ausstoßung aus ihrem Kreise aussetzen wollen, diese Regeln zu beachten.

Bei der sittlichen Pflicht kommt es umgekehrt, wie bei der auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht, darauf an, daß der betreffende in Wirklichkeit richtig will und handelt und nach objektiv festzulegendem Gesetze korrekt verfährt. Die schwierige Aufgabe des Richters wird es sein festzustellen, wann die Voraussetzungen einer sittlichen Pflicht und danach einer ihr gegenüberstehenden objektiv begründeten Forderung vorhanden sind.

Über die Frage, ob diese Pflichten unter die unvollkommenen Schuldverhältnisse einzureihen sind, wird lebhaft gestritten. Mit uns folgert eine große Anzahl von Schriftstellern[26]) aus dem Wortlaut des § 814 das Bestehen eines unvollkommenen Schuldverhältnisses.

§ 814 lautet:

„Das zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete kann nicht zurückgefordert werden, wenn der Leistende gewußt hat, daß er zur Leistung nicht verpflichtet war, oder wenn die Leistung einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprach."

Damit sind aber die Voraussetzungen des unvollkommenen Schuldverhältnisses erfüllt: Eine, wenn auch nur moralische, Verpflichtung zur Leistung besteht. Die Verbindlichkeit ist erfüllbar. Hat die Leistung stattgefunden, so ist die condictio indebiti ausgeschlossen. Auch in den Motiven[27]) wird die sittliche Pflicht und die auf den Anstand zu nehmende Rücksicht als unvollkommene Rechtspflicht anerkannt. Dernburg[28]) meint, was die Sitte fordert, bildet wenigstens in dem Sinne eine Naturalobligation, daß das ihr gemäß Geleistete nicht zurückgefordert werden kann.

---

[25]) Stammler, Recht der Schuldverhältnisse S. 30 und in „Wirtschaft und Recht" § 22 S. 125 ff.

[26]) Stammler, Schuldverhältnisse S. 30; Kipp bei Windscheid a. a. O. Bd. II § 289 S. 174 ff.; Ubbelohde a. a. O. S. 221; Klingmüller S. 231 ff.

[27]) Motive Bd. II S. 3.

[28]) Pandekten Bd. II § 4.

Bekämpft wird unsere Ansicht von Cosack[29]) und Endemann,[30]) der von halber rechtlicher Anerkennung redet. Diese schalten die „bloß ethischen und sozialen Rechtspflichten" gänzlich aus dem Bereiche der unvollkommenen Schuldverhältnisse aus. Auch Oertmann[31]) will hier nur in weiterem Sinne von Schuldverhältnissen geredet wissen. Er faßt seine Ansicht dahin zusammen:

„Die natürliche Verbindlichkeit ist ein abgeschwächtes Produkt des Rechtes, die Verbindlichkeit des § 814 eine durch Verleihung gewisser Rechtswirkungen verstärktes Produkt des reinen gesellschaftlichen Lebens."

Für uns ist die Gleichheit der Behandlung durch den Gesetzgeber maßgebend; geht man aber von diesem Gesichtspunkt aus, so ist es unseres Erachtens richtiger, die sittlichen und Anstandspflichten mit den oben geschilderten unvollkommenen Schuldverhältnissen zu einer Gruppe zusammen zu fassen.

Von Dernburg und Cosack und auch von Oertmann wird gegen unsere Ansicht geltend gemacht, daß die Leistung, die auf Grund der auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht und der sittlichen Pflicht geschehen ist, als Schenkung aufzufassen sei. Sie verweisen dabei auf § 534 BGB. Hiergegen ist aber folgendes zu sagen: Eine Schenkung, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird, erfährt wegen der sie veranlassenden Beweggründe eine ganz andere Behandlung, als die gewöhnliche Schenkung. So ist bei ihr der Widerruf wegen groben Undanks (§ 530 BGB.) und die Rückforderung wegen mangelnden Unterhalts (§ 528 BGB.) ausgeschlossen. Diese Schenkung kann auch vom Verwalter fremden Vermögens vorgenommen werden, der Vater kann aus dem Vermögen des Kindes, der Vormund aus dem Mündelvermögen, der Ehemann aus dem Gesamtgute schenken (§§ 1641, 1804, 1446 BGB.). Dasselbe gilt für den Vorerben im Verhältnis zum Nacherben (§ 2113 BGB.) und für den Testamentsvollstrecker gegenüber den Erben (§ 2205 BGB.). Diese Schenkungen erzeugen auch weder einen Anspruch auf Ergänzung des Pflichtteils, noch eine Pflicht des Pflichtteilsberechtigten, sich seine Schenkung auf den Ergänzungsanspruch anrechnen zu lassen (§ 2330 BGB. Vergl. §§ 2325, 2327 BGB.). Die Schwierigkeit liegt in der Abgrenzung der Geltungsgebiete der §§ 534, 814 BGB. Nicht jede Erfüllung einer sittlichen Pflicht ist als Schenkung aufzufassen, und die gesellschaftliche Anschauung ist weit entfernt davon, das zu tun.[32])

Durch die angeführten Bestimmungen ist der durch Sitte und Anstand gebotenen Leistung zwar nicht der Charakter der Schenkung genommen, sie zeigen aber, daß es sich nicht um eine gewöhnliche

[29]) a. a. O. Bd. I S. 287.

[30]) a. a. O. § 93 S. 587.

[31]) Allgemeine österreichische Gerichtszeitung 53. Jahrg. Nr. 23 S. 203.

[32]) Vergl. Klingmüller S. 243.

Schenkung handelt, sondern um eine solche, für die der Gesetzgeber eine besondere Regelung für erforderlich hielt. Oertmann[33]) ist der Ansicht, daß man solche Schenkungen besser nicht unter den Schenkungsbegriff gebracht hätte.[34]) Für die von uns vertretene Ansicht spricht endlich der Umstand, daß § 534 GBG. erst durch die Reichstagskommission in das Gesetzbuch aufgenommen wurde. Beachtenswert ist ferner der Grund, der die Aufnahme des § 814 BGB. in das Gesetzbuch veranlaßte. Im Kommissionsbericht wird hierzu ausgeführt, daß das Recht vermeiden müsse, das sittliche Bewußtsein im Volke zu verletzen. Sicherlich werden aber im Volke Leistungen, die einer sittlichen Pflicht und einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprechen, wie z. B. Spender für wohltätige Zwecke oder Unterstützung entfernter Verwandter, nicht als Schenkungen, sondern als allgemeine Leistungen angesehen. Man wird daher die Erfüllung derartiger Leistungen als wahre Erfüllung und nicht als Schenkung aufzufassen haben.

§ 5.

Die Ausstattung.

Ein weiteres unvollkommenes Schuldverhältnis findet sich im § 1624 BGB. anerkannt.[35]) Dieser lautet:

„Was einem Kinde mit Rücksicht auf seine Verheiratung oder auf die Erlangung einer selbständigen Lebensstellung, zur Begründung oder zur Erhaltung der Wirtschaft oder der Lebensstellung von dem Vater oder der Mutter zugewendet wird (Ausstattung), gilt, auch wenn eine Verpflichtung nicht besteht, nur insoweit als Schenkung, als die Ausstattung das den Umständen, insbesondere den Vermögensverhältnissen des Vaters oder der Mutter entsprechende Maß übersteigt.

Die Verpflichtung des Ausstattenden zur Gewährleistung wegen eines Mangels im Rechte oder wegen eines Fehlers der Sache bestimmt sich, auch soweit die Ausstattung nicht als Schenkung gilt, nach den für die Gewährleistungspflicht des Schenkers geltenden Vorschriften."

Für die gegenwärtige Fassung des § 1626 BGB. war der Gedanke maßgebend, daß die Eltern die moralische Pflicht hätten, ihren Kindern die Erreichung einer Lebensstellung zu erleichtern, daß aber andererseits eine Härte für die Eltern daraus entstehen könnte, wenn das Schuldverhältnis zu einem klagbaren gemacht würde.[36]) Die Eltern können daher zur Leistung nicht im Klagewege gezwungen werden.

---

[33]) In seinem Kommentar zu § 534 BGB.

[34]) Vergl. Stammler, Schuldverhältnisse S. 30 Anm. 3.

[35]) Vergl. Klingmüller S. 243; Ubbelohde a. a. O. S. 221: Dernburg a. a. O. Bd. II § 3, II.

[36]) Motive Bd. 4 S. 716.

Haben sie aber geleistet, so wird die ihren Vermögensverhältnissen entsprechende Leistung als Erfüllung einer wahren Verbindlichkeit angesehen. Das zur Ausstattung Geleistete kann daher nicht zurückgefordert werden, selbst wenn es irrtümlich, das heißt, im Glauben an eine bestehende Rechtspflicht, gegeben wurde. Liefern die Eltern eine größere Ausstattung, als ihren Vermögensverhältnissen angemessen ist, so gilt dieser Teil als Schenkung. Für den anderen Teil schließen die Gesetzesworte den Schenkungscharakter aus.

Was im einzelnen Falle als angemessene Ausstattung anzusehen ist, muß nach dem grade in Frage kommenden Einzelfall entschieden werden. Der Wert wird nach dem Stande und den Vermögensverhältnissen der Eltern und nach der Zahl ihrer Kinder zu bemessen sein.[37])

§ 6.

Die Verbindlichkeit des Gemeinschuldners nach rechtskräftig bestätigtem Zwangsvergleich (§ 193 KO. FV. mit § 814 BGB.)

Die Frage, welche Wirkung der Zwangsvergleich auf die betroffene Forderung hat, wird im Gesetz nicht entschieden. Es gibt drei Möglichkeiten:

Entweder bleibt die ausgefallene Forderung als klagbare Verbindlichkeit weiter bestehen, oder es bleibt eine unvollkommene Forderung bestehen oder jeder Anspruch geht unter.

Für die erste Auffassung ist niemand.

Für die dritte Auffassung ist zunächst Langheineken,[38]) der der Ansicht ist, daß durch den Zwangsvergleich die Restbeträge erlassen sind, und daß keine klaglose Verbindlichkeit zurückbleibt, da jedwede Art der prozessualen Geltendmachung des Anspruches ausgeschlossen sei. Stein[39]) führt aus, daß die Gläubiger in dem Zwangsvergleich nicht nur auf die Durchführung des Konkurses (Argumentum § 190 KO.), sondern auch auf die Nachforderung eines etwaigen Ausfalls verzichten. Er stützt diese Ansicht auf § 194, vergl. mit § 164 KO. Wir glauben nicht, daß es richtig ist, diesen Analogieschluß aus dem angeführten Paragraphen zu ziehen. Unserer Ansicht nach erlischt zwar die Klagbarkeit des Anspruches durch den Zwangsvergleich, keineswegs bewirkt derselbe aber die endgültige Kürzung der Forderungen, er hebt vielmehr nur den Erfüllungszwang insoweit auf, als die Forderung den im Vergleich festgesetzten Betrag übersteigt. Es bleibt für den erlassenen Teil der Konkursforderung eine unvollkommene Verbindlichkeit weiter bestehen.

Unsere Ansicht stützt sich auf § 193 KO. Dieser läßt dadurch einen Fortbestand der Forderung erkennen, daß er die Rechte gegen die

---

[37]) Vergl. § 1620 BGB.

[38]) a. a. O. S. 192. Vergl. Hellwig a. a. O. S. 13, 22.

[39]) a. a. O. § 25.

Bürgen und Pfandrechte unberührt läßt. Eine Bürgschaft hat stets accessorische Charakter, eine Bürgschaft kann ohne Forderung nicht bestehen. Ein Erlöschen der Forderung müßte den Untergang des Pfandrechts und des Anspruchs gegen den Bürgen nach sich ziehen.[40])

Leo[41]) glaubt allerdings nicht, daß die Vorschrift des § 193 Abs. 2 KO. einen Beweis für das Fortbestehen einer natürlichen Verbindlichkeit bildet. Er vertritt mit Planck[42]) die Ansicht, daß nicht allgemein, sondern nur nach besonderen Umständen des Falles, z. B. nach der Vermögenslage des Schuldners und Gläubigers, entschieden werden kann, ob eine Anstandspflicht zur Zahlung des erlassenen Forderungsrestes besteht. Hiergegen müssen wir uns wenden, denn diese Ansicht verkennt die ethische Aufgabe des Rechts. Mit Recht sagt Oertmann[43]) hiergegen: „Es wäre traurig und würde dem sozialen Ideal schnurstracks zuwider laufen, wenn man die moralische Verbindlichkeit der Gemeinschuldner, ihre Gläubiger nach Kräften vollauf zu bezahlen, von Rechts wegen verleugnen wollte."

Von weitaus den meisten Rechtsgelehrten[44]) und obersten Gerichten[45]) wird unsere Ansicht geteilt.[46])

Die Leistung des durch den Zwangsvergleich ausgefallenen Teils der Forderung bleibt stets ein dem § 814 BGB. zu unterstellender Fall. Für den wieder zu Vermögen gekommenen Gemeinschuldner besteht eine Anstandspflicht, den Restbetrag zu tilgen[47]) und gleichzeitig in den meisten Fällen eine sittliche Pflicht, dem Gläubiger das zurückzugeben, was dieser ihm früher gegeben hat.

Eine Leistung der Restschuld kann daher gemäß § 814 BGB. nicht zurückgefordert werden. Auch ist die Leistung keine Schenkung.[48])

---

[40]) Vergl. §§ 767, 768, 1252 BGB.

[41]) In der Jur. Wochenschrift Jahrg. 43 Nr. 11 S. 571.

[42]) a. a. O. zu § 813 Anm. 3 b.

[43]) a. a. O. zu § 814.

[44]) Fitting a. a. O. S. 446 Note 3; Stammler Schuldverhältnisse S. 26; Ubbelohde S. 216 ff.; Petersen-Kleinfeller S. 595; Matthiaß a. a. O. S. 173; Dernburg a. a. O. Bd. II S. 11; Endemann a. a. O. Bd. I § 99 Anm. 19; Crome a. a. O. Bd. II S. 16; Klingmüller S. 244 ff.; Jaeger zu § 193 Anm. 5 S. 364; Staudinger zu § 1204 I, 2a.

[45]) ROHG. Bd. 8 S. 279; Entsch. d. RG. Bd. 42 S. 118; Entsch. d. RG. vom 8. II. 1904 in Holdheims Monatsschrift Bd. 13 S. 130; Entsch. d. RG. vom 29. IV. 1909 in Seufferts Archiv Bd. 65 Heft 1; Entsch. d. d. OLG. Augsburg v. 20. X. 1902 bei Mugdan & Falkmann Bd. 6 S. 369; Entsch. d. OLG. Colmar v. 28. IV. 1903 bei Mugdan & Falkmann Bd. 8 S. 89.

[46]) Dieser Standpunkt wird am einheitlichsten in Theorie und Praxis des französischen Rechts vertreten. (Vergl. Art. 605 code de commerce.)

[47]) Vergl. auch Langheineken S. 193 und Klingmüller S. 245.

[48]) Jaeger. KO. zu § 193 Anm. 6. RG. Leipziger Zeitung 1908 S. 608.

Es versagt daher die Schenkungsanfechtung des § 3 Nr. 3, 4 des Anfechtungs-Gesetzes.

Die Wirkungen dieses unvollkommenen Schuldverhältnisses gehen weit über diejenigen der sonstigen Fälle des § 814 BGB. hinaus und ähneln denen der verjährten Forderung.

§ 7.

Schuldverhältnisse, die zu Unrecht mit dem Namen „unvollkommene Schuldverhältnisse" bezeichnet werden.

Mit den im vorigen Abschnitt aufgeführten Fällen ist die Zahl der unvollkommenen Schuldverhältnisse im Sinne dieser Abhandlung erschöpft. Im folgenden werden wir noch kurz auf diejenigen Fälle einzugehen haben, die von einigen Schriftstellern zu den unvollkommenen, klaglosen, unklagbaren, natürlichen Verbindlichkeiten gerechnet werden. Sie weisen sämtlich in irgend einer Hinsicht eine Unvollkommenheit auf, erfüllen aber unseres Erachtens die Kriterien des unvollkommenen Schuldverhältnisses im engeren Sinne nicht vollständig.

1. So werden von Ubbelohde,[49]) Kipp,[50]) Matthiaß,[51]) Enneccerus[52]) und Reichel[53]) die Fälle der §§ 1000, 1001, 972 und 2022 BGB. zu den unvollkommenen Schuldverhältnissen gerechnet.

Hat der Besitzer einer fremden Sache oder Erbschaft Aufwendungen auf den Gegenstand gemacht, so kann er seinen Anspruch auf Ersatz von Verwendungen nur geltend machen, wenn der Eigentümer die Sache wiedererlangt oder die Verwendung genehmigt, und bis dahin hat er keine Klage gegen den Eigentümer.

Gegen die von den angeführten Schriftstellern vertretene Ansicht spricht aber schon der Wortlaut der Gesetzesstellen. Hier wird stets von „dem" Anspruch gesprochen, also die rechtliche Existenz eines solchen vorausgesetzt.[54]) Der Ersatz Verlangende hat andere Mittel genug, seinen Anspruch zu verwirklichen. So kann er die Herausgabe der Sache verweigern, bis er wegen seiner Verwendungen befriedigt ist. Im Falle des § 1001 BGB. ist es auch möglich, die Erfüllung des Anspruchs zu erzwingen. Er kann ferner dem Eigentümer eine angemessene Frist zur Genehmigung setzen (§ 1003 BGB.). Erfolgt eine Erklärung des Eigentümers nicht, so kann der Besitzer Befriedigung aus der Sache suchen.

---

[49]) a. a. O. S. 218.

[50]) Zu Windscheid Bd. II S. 165.

[51]) a. a. O. S. 321.

[52]) a. a. O. Bd. I S. 375.

[53]) Unklagbare Ansprüche S. 26.

[54]) Vergl. dazu Klingmüller S. 248; Biermann a. a. O. zu § 1001 BGB.; Langheineken S. 188, 75 ff., der den Anspruch für einen bedingt wirksamen erklärt.

2. Von Ubbelohde[55]) wird ferner noch der Fall einer übermäßig hohen Vertragsstrafe hierher gerechnet. Der einschlägige § 343 BGB. bestimmt:

„Ist eine verwirkte Strafe unverhältnismäßig hoch, so kann sie auf Antrag des Schuldners durch Urteil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden. Bei der Beurteilung der Angemessenheit ist jedes berechtigte Interesse des Gläubigers, nicht bloß das Vermögensinteresse in Betracht zu ziehen. Nach der Entrichtung der Strafe ist die Herabsetzung ausgeschlossen.

Das Gleiche gilt auch außer den Fällen der §§ 339, 342, wenn jemand eine Strafe für den Fall verspricht, daß er eine Handlung vornimmt oder unterläßt.

Der hier in Frage kommende Anspruch entbehrt nicht der Klagbarkeit in dem früher gebrauchten Sinne. Er ist in vollem Umfange als klagbarer, vollkommener Anspruch begründet und kann nur auf Antrag durch richterlichen Akt auf eine angemessene Höhe beschränkt werden.[56]) Bis zu diesem Zeitpunkt besteht er aber in voller Höhe.[57])

Ebenso wie hier ist auch der Fall des § 655 BGB. aufzufassen.[56])

3. Kipp[58]) hält ferner noch den Vertrag des Minderjährigen und des beschränkt Geschäftsfähigen, der ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters geschlossen ist (§§ 110, 114 BGB.) für ein unvollkommenes Schuldverhältnis. Kipp begründet seine Ansicht damit, daß der Minderjährige auf Erfüllung des von ihm eingegangenen Vertrages nicht verklagt werden könne. Sei aber die Verbindlichkeit von ihm mit ihm überlassenen Mitteln erfüllt, so könne er die Leistung nicht zurückverlangen, da kraft gesetzlicher Bestimmung der Vertrag nunmehr gültig sei. Hierzu ist zu bemerken, daß der Vertrag bis zur Genehmigung des gesetzlichen Vertreters noch nicht wirksam ist, sondern sich bezüglich seiner Wirksamkeit in der Schwebe befindet. Wird die Genehmigung erteilt, so gilt der Vertrag als von Anfang an wirksam. Er wird dann so behandelt, als ob von Anfang an ein Schuldverhältnis und und zwar ein klagbares vorgelegen hätte.[59]) Oertmann[60]) führt zur Begründung seiner mit uns übereinstimmenden Ansicht noch

---

[55]) a. a. O. S. 222. Früher vertrat auch Endemann diese Ansicht (vergl. dazu Lehrbuch Bd. I S. 418 6. Aufl.), jetzt aber hat Endemann seine Ansich. geändert. Vergl. letzte Aufl. Bd. I § 99 A. 16b.

[56]) Vergl. Oertmann Allgemeine österreichische Gerichtszeitung 53. Jahrg Nr. 23 S. 202.

[57]) Langheineken S. 187 f.; Klingmüller S. 248. Enneccerus Bd. I § 48 A. 2.

[58]) a. a. O. § 289.

[59]) Enneccerus Bd. I § 148.

[60]) Allgemeine österreichische Gerichtszeitung 53. Jahrg. S. 202.

folgendes an: Zahlt der Vertreter das von dem Minderjährigen Versprochene in dem irrtümlichen Glauben, daß die übernommene Verbindlichkeit vollgültig sei, so ist er zweifellos zur Rückforderung nach § 812 BGB. berechtigt. Sicherlich läßt sich in der auf Irrtum beruhenden Zahlung eine den Vertrag gültig machende Genehmigung nicht finden. Auch daß es sich dabei um einen Rechtsirrtum handelt kann nichts ausmachen, da das Bürgerliche Gesetzbuch[61]) diesen dem Tatirrtum im allgemeinen und bei der condictio indebiti im besonderen gleichstellt. Demnach wäre das angebliche unvollkommene Schuldverhältnis nicht einmal mit der soluti retentio ausgestattet.

4. Weiter vertreten Kipp[62]) und Ubbelohde[63]) den Standpunkt, daß durch die ungiltigen aber heilbaren Verträge (§§ 313, 518 und 766 BGB.) unvollkommene Schuldverhältnisse zur Entstehung gelangten. Maßgebend sind für sie folgende Gründe: Im Falle des § 313 BGB. wird durch den Satz 2 nicht nur die Forderung auf jene Übertragung durch solutio retentio wirksam, sondern es wird auch die etwa zugesagte Gegenleistung klagbar. Im Falle des § 518 BGB. ist eine Klage auf Erfüllung eines formlos erfüllten Schenkungsversprechens nicht gegeben. Die Leistung macht die Verbindlichkeit frei. Eine Zurückforderung des Geleisteten mit der condictio indebiti ist ausgeschlossen. Im Falle des § 766 BGB. ist der Bürgschaftsvertrag bei formloser Bürgschaftserklärung nicht klagbar. Eine Rückforderung des auf eine formlose Bürgschaftserklärung Geleisteten ist aber nicht möglich.

Den Vertretern dieser Ansicht muß man entgegen halten, daß es sich hierbei um Wirkungen der Rückziehung handelt.[64]) Die Auflassung und Leistung bewirkt in diesen Fällen sofort den unvermittelten Übergang von der noch garnicht vorhandenen zu der vollkommenen bezw. mit rückwirkender Kraft als vollkommen anzusehenden Verbindlichkeit. Ein Bedürfnis, hier ein unvollkommenes Schuldverhältnis anzunehmen, liegt demnach nicht vor. Unseres Erachtens wird man auch das turpiter promissum[65]) (Fall des § 817, 2 BGB.) nicht zu den unvollkommenen Schuldverhältnissen rechnen dürfen. Dieser Fall des § 817 ist dem römischen Recht entnommen. Es findet sich aber in den Quellen keine Andeutung dafür, daß der Ausschluß der condictio als Wirkung einer naturalis obligatio zu denken sei.[66]) Ein Anspruch auf die Leistung besteht. Dieser ist aber durch eine peremtorische Einrede gehemmt.[67])

---

[61]) Vergl. Oertmann in Seufferts Blättern für Rechtsanwendung 1902 Nr. 1—3.

[62]) a. a. O. § 289.

[63]) a. a. O. S. 219.

[64]) Badt a. a. O. S. 57.

[65]) Stammler, Schuldverhältnisse S. 29 f.

[66]) So auch Klingmüller S. 247.

[67]) Vergl. Langheineken S. 187; Ubbelohde S. 222.

5. Von Landsberg[68]) wird der Fall der Verurteilung zur Herstellung des ehelichen Lebens und zur Leistung von Diensten aus einem Dienstvertrage zu den unvollkommenen Schuldverhältnissen gerechnet (§ 888 Abs. 2 ZPO.). Hier ist aber gar nicht die Klage, sondern nur die Zwangsvollstreckung ausgeschlossen.. Es fehlt also das wichtigste Merkmal des unvollkommenen Schuldverhältnisses.[69])

6. Auch das von Dernburg[70]) und Langheineken[71]) als Naturalobligation bezeichnete Verlöbnis möchten wir nicht zu den unvollkommenen Schuldverhältnissen gerechnet wissen, da es unzweckmäßig erscheint, gewisse Beschränkungen der Wirkungen von familienrechtlichen Verträgen der Gruppe zu unterstellen.

7. Ansprüche,[72]) die von der Frau erst nach Beendigung des Güterstandes gerichtlich gegen den Mann aus dessen Verwaltungs- und Nutzungsrecht am eingebrachten Gut geltend zu machen sind, haben nichts mit dem Wesen des unvollkommenen Schuldverhältnisses zu tun. Es handelt sich hier um betagte Ansprüche.[73])

8. Unseres Erachtens kann der Anspruch des Rentenschuldgläubigers auf Zahlung der Ablösungssumme ebenfalls nicht zu den unvollkommenen Schuldverhältnissen gerechnet werden.[74]) Vor der Kündigung besteht überhaupt noch kein Anspruch und nach der erfolgten Kündigung besteht, wenigstens bis zum Ablaufe der Kündigungsfrist, ein bloß befristeter Anspruch.[75])

9. In neuester Zeit hat sich Reichel[76]) zu den hier behandelten Fragen sehr ausführlich geäußert. Er scheidet das „unvollkommene Schuldverhältnis" streng von dem „unklagbaren Anspruch". Er versteht unter diesem: „Das Recht, von einem anderen ein bestimmtes äußeres Verhalten zu verlangen, in sich schließend die Füglichkeit zwangsweiser Selbstbefriedigung, aber — ungeachtet eines dahinzielenden Bedürfnisses des Berechtigten — nicht ausgerüstet mit der Macht, gerichtlichen Befriedigungszwang in Bewegung zu setzen". Unter diesem Begriff faßt er als Fälle gesetzlicher Unklagbarkeit die §§ 1394, 1001 BGB. und § 52 BG. zusammen.[77])

Wir halten die Zusammenfassung dieser drei ganz verschiedenartigen Ansprüche zu einem besonderen Begriff nicht für angebracht.

---

[68]) a. a. O. S. 61.

[69]) Vergl. Klingmüller S. 249.

[70]) a. a. O. Bd. I § 101.

[71]) a. a. O. S. 192.

[72]) Vergl. Reichel S. 25 f.; Hellwig S. 125.

[73]) Langheineken S. 188 und 67; Klingmüller S. 249.

[74]) Vergl. Biermann a. a. O. zu § 1202 Abs. 3.

[75]) Ebenso Langheineken a. a. O. S. 188.

[76]) In Iherings Jahrbüchern 59, S. 409 ff. (Als Sonderdruck „Unklagbare Ansprüche" in Jena 1911 erschienen, S. 16 ff.)

[77]) Vergl. Deutsche Jur.-Zeitung 1913, 18. Jahrg., S. 1195.

Im Falle des § 1394 BGB. handelt es sich um einen betagten, im § 1001 BGB. um einen bedingt wirksamen Anspruch. Der Fall des § 52 Börs.-G. begründet ein unvollkommenes Schuldverhältnis im Sinne unserer Abhandlung. Während Reichel[78]) es ablehnt, Verbindlichkeiten aus Spiel und Wette als unklagbare Ansprüche zu bezeichnen, weil von ihnen im Gesetz gesagt wird „eine Verbindlichkeit wird nicht begründet", rechnet er zwei Ansprüche aus dem Börsengesetz hierher, in denen aber gesagt wird, daß sie „unverbindlich" seien. Mit diesen verschiedenen Ausdrücken will der Gesetzgeber aber unseres Erachtens dasselbe sagen. Dies ergibt sich auch schon aus den übrigen gleichen Bestimmungen, die über Spiel, Wette und Börsentermingeschäft getroffen sind. Dadurch wird unser Standpunkt gerechtfertigt, die Börsentermingeschäfte zusammen mit den Verträgen aus Spiel und Wette zu behandeln.

Zweifellos verlangt aber der von Reichel beabsichtigte „methodische Zweck"[79]) volle Beachtung, wenn auch die praktische Bedeutung der behandelten Materie — wie Reichel selbst erklärt —[80]) nicht allzu groß ist.

IV. Abschnitt.

Beiträge zur rechtlichen Behandlung der unvollkommenen Schuldverhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuch.

§ 1.

Unvollkommene Schuldverhältnisse und § 366 BGB.

Im täglichen Leben ist es eine ganz gewöhnliche Erscheinung, daß der Gläubiger nicht nur eine, sondern mehrere Forderungen gegen seinen Schuldner hat. Leistet nun der Schuldner eine Zahlung, die nicht zur Tilgung aller Schulden ausreicht, so fragt es sich, wie eine solche Zahlung zu verrechnen ist. Hier ist der § 366 BGB. entscheidend. Dieser bestimmt:

„Ist der Schuldner dem Gläubiger aus mehreren Schuldverhältnissen zu gleichartigen Leistungen verpflichtet und reicht das von ihm Geleistete nicht zur Tilgung sämtlicher Schulden aus, so wird diejenige Schuld getilgt, welche er bei der Leistung bestimmt.

Trifft der Schuldner keine Bestimmung, so wird zunächst die fällige Schuld, unter mehreren fälligen Schulden, diejenige, welche dem Gläubiger geringere Sicherheit bietet, unter mehreren gleich

[78]) a. a. O. S. 17.

[79]) Vergl. a. a. O. S. 117.

[80]) Vergl. S. 119.

sicheren, die dem Schuldner lästigere, unter mehreren gleich lästigen, die ältere Schuld und bei gleichem Alter jede Schuld verhältnismäßig getilgt.[1])

Erklärt der Schuldner bei der Zahlung ausdrücklich, auf welche Schuld die Zahlung gemacht sein soll, so wird demnach gemäß § 366 Abs. 1 BGB. diejenige Schuld getilgt, die der Schuldner bei der Leistung bestimmt. Die Bestimmung ist eine dem Gläubiger gegenüber abzugebende, also empfangsbedürftige Willenserklärung. Die Bestimmung kann auch stillschweigend erfolgen und sich aus den Umständen ergeben. Unterläßt der Schuldner die Bestimmung, so werden die Schulden in der in § 366 Abs. 2 BGB. gesetzlich festgelegten Reihenfolge getilgt.

Zuweilen wird es vorkommen, daß der Gläubiger dem Schuldner gegenüber Forderungen aus einem vollkommenen und einem unvollkommenen Schuldverhältnis hat.

Leistet der Schuldner nun eine Zahlung, die nicht zur Deckung aller Schulden ausreicht, bestimmt aber gleichzeitig, welche Schuld getilgt werden soll, so ist der Wille des Schuldners maßgebend. Erklärt der Schuldner nicht, welche Schuld er tilgen will, so ist zu prüfen, ob vielleicht aus den Umständen hervorgeht, auf welche Schuld der Schuldner die Zahlung machen wollte.

Folgendes Beispiel wird zeigen, daß die Bestimmung auch stillschweigend erfolgen kann: Ein Viehhändler hat einem Bauern einen Ochsen für 500 Mark abgekauft und ihm versprochen, am nächsten Tage die Summe zu zahlen. Nach erfolgtem Kaufabschluß haben dann beide noch im Wirtshaus Karten gespielt. Der Viehhändler verliert im Laufe des Spiels 19,75 Mark und versichert beim Weggange dem Bauern, daß er ihm das verlorene Geld zusammen mit dem Kaufpreise für den Ochsen am nächsten Tage bringen werde. Tags darauf erscheint der Viehhändler nicht, der Postbote bringt aber dem Bauern durch eine von dem Viehhändler stammende Postanweisung 19,75 Mark. Außer dem Namen des Absenders findet sich kein Vermerk auf der Postanweisung.

Hier deckt die gezahlte Summe die eine, und zwar die unvollkommene Schuld, die Spielschuld, völlig. Dadurch, daß der von dem Viehhändler gezahlte Betrag genau die Höhe der Spielschuld ausmachte, hat dieser deutlich, wenn auch nicht mit Worten, wohl aber stillschweigend zu verstehen gegeben, daß er die Spielschuld bezahlen wolle. Diese Auslegung[2]) muß erfolgen nach der Verkehrssitte unter Berücksichtigung des § 157 BGB.

[1]) Die durch die Vorschriften des § 366 Abs. II getroffene Regelung hat auch Geltung für den Fall, daß ein Dritter für den Schuldner leistet, ohne die Schuld zu bezeichnen, welche durch seine Zahlung getilgt werden soll. Das dem Gläubiger gemäß § 267 Abs. II BGB. zustehende Ablehnungsrecht wird hierdurch nicht berührt. (Vergl. Staudinger zu § 366, Anm. 5.)

[2]) Danz a. a. O. S. 61.

Hat der Schuldner aber keine Bestimmung über die Verrechnung getroffen und ergibt sich weder aus der Höhe der gezahlten Summe, noch aus den sonstigen Umständen, welche Schuld getilgt werden sollte, so fragt es sich, wie die Zahlung zu verrechnen ist.

Hier taucht die Frage auf: Ist der § 366 BGB. auch anwendbar, wenn vollkommene und unvollkommene Forderungen zusammen treffen? Um hier eine Entscheidung zu treffen, müssen wir den allgemeinen Gedanken des angeführten Paragraphen feststellen.

In den Motiven zum Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs[3]) wird ausgeführt, daß das neue Bürgerliche Gesetzbuch abweichend vom Preußischen Allgemeinen Landrecht (I, 16 § 150 ff.), dagegen übereinstimmend mit der herrschenden Auffassung des gemeinen Rechts und dem Sächsischen Gesetzbuche (§ 977 Satz 1), dem Hessischen Entwurf (Art. 293 Abs. 1), dem Bayrischen Entwurf (Art. 169 Abs. 1) und dem Code civile (Art. 1253), zunächst dem Schuldner das einseitige und den Gläubiger bindende Bestimmungsrecht einräume. Für den Fall, daß der Schuldner eine Bestimmung unterläßt, steht nach gemeinem Recht das Bestimmungsrecht bei dem Gläubiger, der es nach herrschender Meinung stets nur Interesse des Schuldners soll ausüben dürfen. Der § 267 des Entwurfes hat dieses Recht des Gläubigers nicht aufgenommen. Er schließt sich vielmehr dem Preußischen Allgemeinen Landrecht (I. 16 § 156) an, sofern es die hier aufgestellten subsidiären gesetzlichen Anrechnungsgrundsätze und nicht ein willkürliches Bestimmungsrecht des Gläubigers entscheiden läßt. Letzteres war z. B. unter gewissen Voraussetzungen im Sächsischen Gesetzbuch (§ 978), Code civile (Art. 1255), Hessischen Entwurf (Art. 193 Abs. 2), Dresdener Entwurf (Art. 352 Abs. 1) und im Bayrischen Entwurf (Art. 170 Abs. 1) der Fall. In den Motiven[4]) wird ausgeführt, daß die Vorschrift des § 267 Abs. 2 sich mit dem Bestimmungsrechte des Schuldners im Einklang halte, insoweit in ihr nicht das Interesse des Gläubigers, sondern das Interesse und der mutmaßliche Wille des Schuldners als ausschlaggebend angesehen ist. In der Kommission für die zweite Lesung wurde, wie sich aus den Protokollen ergibt,[5]) der Antrag gestellt, in den § 267 einzufügen, daß unter mehreren fälligen Schulden die Schuld, die dem Gläubiger geringere Sicherheit bietet, zuerst getilgt werden soll und erst dann die dem Schuldner lästigere Schuld. Zur Begründung wurde ausgeführt, der sich an das Preußische Allgemeine Landrecht I. 16 § 156 anschließende Vorschlag entspreche der im heutigen Verkehr herrschenden Auffassung. Habe der Gläubiger gegen den Schuldner mehrere Forderungen, welche

[3]) Vergl. Motive Bd. II S. 86 ff.

[4]) a. a. O. Bd. II S. 88.

[5]) Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs S. 355.

ihm nicht die gleiche Sicherheit böten, so könne der Schuldner, falls er nur die eine oder die andere seiner Schulden zu tilgen vermöge und wegen der übrigen wünsche, daß der Gläubiger ihm fernerhin Kredit gewähre, dem Gläubiger nicht zumuten, die Zahlung auf die am besten gesicherte Forderung anzunehmen. Denn in einem solchen Falle würde der Gläubiger sofort Schritte tun, die übrigen Forderungen beizutreiben. Der Schuldner sei deswegen genötigt, dem Interesse des Gläubigers Rechnung zu tragen, dem Gläubiger die Anrechnung der Zahlung auf die minder gesicherte Forderung zu gestatten und die besser gesicherte einstweilen bestehen zu lassen. Die nämliche Erwägung sei auch für die gesetzliche Bestimmung, auf welche Schuld die Leistung angerechnet werden solle, maßgebend. Das Gesetz könne nur die Forderung als getilgt betrachten, welche der Schuldner, wenn er selbst die Wahl träfe, zur Tilgung bestimmen würde. Daß, wie der Entwurf und der erste Antrag wollten, die besser gesicherte Forderung getilgt sei und die minder gesicherte fortbestehe, komme dem Schuldner ebenso unerwartet, wie dem Gläubiger; eine solche einseitige Begünstigung des Schuldners sei dem allgemeinen Rechtsbewußtsein fremd.

Der Beschluß der Kommission führte die vorgeschlagene Änderung herbei.

Es stellt sich somit als Grundgedanke des heutigen § 366 BGB. dar, daß diejenige Schuld getilgt werden soll, welche der Schuldner bei verständiger Würdigung der Verhältnisse vermutlich getilgt haben würde. Dabei soll auf das Interesse des Gläubigers insoweit Rücksicht genommen werden, als ein billig denkender Schuldner darauf Rücksicht nimmt.[6])

Ist dies aber der Grundgedanke des § 366 BGB., so müssen wir die Anwendung des fraglichen Paragraphen für den Fall ablehnen, daß unvollkommene und vollkommene Schuldverhältnisse zusammentreffen. Ein Schuldner, der nicht in der Lage ist, seine sämtlichen Schulden zu tilgen, der zu Abschlagszahlungen greifen muß, zeigt dadurch eine wirtschaftliche Schwäche. Wenn dieser Schuldner seine Verhältnisse verständigerweise würdigt, dann wird er zuerst die mit dem Klagerecht ausgerüstete Schuld tilgen, um dem Gläubiger die Möglichkeit zu nehmen, im Wege der Klage gegen ihn vorzugehen. Zweifellos wird es auch Schuldner geben, die zuerst die klaglose Schuld tilgen würden, der Normalschuldner wird aber anders handeln. Er wird zuerst dem Gläubiger die Klagmöglichkeit nehmen; hinterher steht ihm jederzeit frei, die nicht klagbare Schuld zu tilgen. Wir können dem Schuldner auch nicht vorwerfen, daß er auf den Gläubiger nicht die erforderliche Rücksicht genommen oder nicht billig gedacht hätte. Er würde durch seine Handlungsweise seinem Gläubiger keinen Schaden zufügen, diesem umgekehrt, wenn man annehmen wollte, es

[6]) Enneccerus a. a. O. § 285; Planck a. a. O. zu § 366 Anm. 4.

müsse zuerst die unvollkommene Schuld getilgt werden, einen Vorteil zuteil werden lassen, der dem Gläubiger ohne weiteres nicht zusteht.

Auch folgende Überlegung wird uns dazu führen, die Frage, ob § 366 BGB. beim Zusammentreffen von unvollkommenen und vollkommenen Schuldverhältnissen anwendbar ist, zu verneinen.

Im § 366 BGB. spricht der Gesetzgeber vom „Schuldverhältnis" und von der Art und Weise, wie die „Schuld" getilgt wird. Wie wir aber bereits oben ausgeführt haben, wird im Bürgerlichen Gesetzbuch unter dem Begriff „Schuldverhältnis" stets ein vollkommenes Schuldverhältnis verstanden, bei dem die Erfüllung der Verbindlichkeit erzwingbar ist, und nicht ein solches, das gegen den Willen des Schuldners überhaupt nicht mit Erfolg geltend gemacht werden kann. Von dieser Regel dürfen wir ohne triftige Gründe nicht abweichen, da solche aber unseres Erachtens nicht vorliegen, so spricht auch der Wortlaut des angeführten Paragraphen für unsere Ansicht.

Es wird aber auch die entgegengesetzte Meinung vertreten. Diese wird darauf gestützt, daß der § 366 BGB. im Absatz II für den Fall, daß der Schuldner keine Bestimmung über die Verrechnung der Leistung trifft, anordnet, daß zuerst die fällige Schuld und unter mehreren fälligen Schulden diejenige getilgt werden soll, die dem Gläubiger geringere Sicherheit bietet. Vertreter dieser Ansicht sind Danz und Reichel.[7]) Ersterer führt hierzu aus:[8]) Sind sowohl die klaglose als auch die klagbare Forderung fällig, so wird die Zahlung gerechnet auf diejenige Forderung, welche dem Gläubiger geringere Sicherheit bietet; d. h. auf die klaglose, denn ihr fehlt das Hauptschutzmittel für eine Forderung, nämlich, daß sie mit Hilfe des Staates vom Schuldner eingezogen werden kann, während dieses Schutzmittel der klagbaren Forderung zur Seite steht. Er betont dann weiter, daß der Gläubiger bei der nicht klagbaren Forderung eine viel geringere Sicherheit habe, sein Geld zu bekommen, als bei der klagbaren, da er bei der ersten allein auf den guten Willen des Schuldners angewiesen sei, während er bei der letzteren auch gegen den Willen des Schuldners durch Klage und sich an das Urteil anschließende Zwangsvollstreckung zu seinem Geld gelangen könne.[9])

Gegen diesen letzteren Teil der Ausführungen können wir nichts einwenden, sie sind zweifellos richtig. Dem ersten Teil ist aber folgendes entgegen zu halten: Danz will, dem Bürgerlichen Gesetzbuch folgend, das im § 366 Abs. 2 bestimmt, daß in Ermangelung einer Bestimmung des Schuldners zunächst die fällige Schuld vor der nicht fälligen getilgt wird, die Anrechnung dann auf die klaglose

---

[7]) Reichel S. 53 f.

[8]) a. a. O. S. 62.

[9]) Ähnlich auch Reichel a. a. O. S. 54: „Eben weil unklagbar, ist die unklagbare Schuld vom Standpunkt des Gläubigers aus im Zweifel die weniger sichere."

Schuld vorgenommen wissen, wenn klagbare und klaglose Forderung fällig sind. Mit Recht werden wir hier erst einmal die Frage aufwerfen und prüfen müssen: kann eine unvollkommene Schuld überhaupt fällig sein?

Fällig ist eine Schuld bei Eintritt des Zeitpunktes, in dem der Schuldner die Leistung bewirken, der Gläubiger sie annehmen muß. Es ist nicht ausreichend, daß die Forderung zur Entstehung gelangt ist und der Gläubiger in diesem Augenblick nach dem Inhalte des zu Grunde liegenden Schuldverhältnisses die Leistung verlangen kann. Zur Fälligkeit der Schuld ist vielmehr erforderlich, daß dem Schuldner eine verzögerliche zivilrechtliche Einrede gegen den Anspruch nicht mehr zusteht.[10]) Solange der Schuldner berechtigt ist, die Leistung zu verweigern, kann von einer fälligen Schuld nicht die Rede sein.

Bei den Forderungen aus Spiel und Wette und dem Ehemäklervertrage, den aus der Sitte und dem Anstande sich ergebenden Pflichten kann der Schuldner ohne weiteres eine von ihm verlangte Leistung ablehnen. Die Verweigerung der Leistung ist nicht auf eine vorzögerliche Einrede gegründet. Bei diesen Schuldverhältnissen ist eine Fälligkeit begrifflich nicht denkbar. Diese Ansicht wird auch von Staudinger[11]) vertreten, der sich dahin äußert: „Bei natürlichen Verbindlichkeiten ist Verzug und Fälligkeit begrifflich ausgeschlossen." Hiermit sagt Staudinger aber zuviel. Er rechnet nämlich auch die verjährte Forderung zu den natürlichen Verbindlichkeiten und kommt zu der Auffassung, daß auch diese nicht fällig ist. Zur Begründung[12]) führt er an, daß fällig nur eine Schuld ist, deren Zahlung verlangt werden kann, der also keine Einrede entgegen steht. Während also Staudinger, wie oben erwähnt, in seiner Bemerkung zu § 284 Anm. 1 richtig die Fälligkeit einer Schuld verneint, solange dem Schuldner eine verzögerliche Einrede gegen den Anspruch zusteht, stellt er diese Behauptung nunmehr auch für eine Forderung auf, der eine peremptorische Einrede entgegen steht. Dies ist unseres Erachtens unrichtig. Bei einer verzögerlichen Einrede kommt ein Moment der Zeit hinzu, das natürlich die Fälligkeit, die ebenfalls ein Zeitmoment ist, berührt. Infolgedessen hat sie mit dem Recht, an sich eine Leistung im Wege des Zivilprozesses, d. h. mit Unterstützung des Staates, seitens des Schuldners herbeizuführen, nichts zu tun. Ist eine Forderung fällig geworden und fällt sie durch Zeitablauf der Verjährung anheim, so ist dadurch die Fälligkeit nicht aufgehoben. Eine verjährte Forderung ist daher sehr wohl fällig, und sie macht daher insofern eine Ausnahme von den unvollkommenen Forderungen. Falls die Ansicht

---

[10]) Vergl. Fastenau a. a. O. S. 31; Planck a. a. O. zu § 284, 3; Staudinger a. a. O. zu § 284, Anm. I, 1, BGB.

[11]) a. a. O. zu § 284 Anm. I 1. Vergl. auch Oertmann zu § 284 Anm. I.

[12]) Staudinger a. a. O. zu § 366. 4 a.

Staudingers richtig wäre, würde man zu dem Ergebnis kommen, daß der Richter in dem Falle, daß eine verjährte Forderung eingeklagt würde, ein Versäumnisurteil nicht erlassen könnte, da die Forderung nicht fällig ist, und er die klagebegründenden Tatsachen, zu denen auch die Behauptung der Fälligkeit gehört, vor der Verkündung der Entscheidung zu prüfen hat.

Nach der oben erwähnten Ansicht von Danz müßte, wenn mehrere Forderungen geschuldet werden, von denen die eine verjährt ist, durch eine Teilzahlung des Schuldners die fällige verjährte Forderung getilgt werden. Diese Ansicht führt aber unseres Erachtens zu unbilligen Ergebnissen. Schuldet A dem B aus einem Darlehn, welches gestern fällig wurde, 100 Mark und aus einem anderen Darlehn weitere 100 Mark, und ist die zuletzt erwähnte Schuld bereits seit 20 Jahren verjährt, so würde nach Danz' Ansicht, wenn der Schuldner heute, ohne eine Verrechnung zu bestimmen, 100 Mark zahlen würde, die vor 20 Jahren verjährte Darlehnsschuld bezahlt sein, da ja die verjährte Forderung diejenige ist, welche dem Gläubiger weniger Sicherheit bietet. Ich halte daher auch die Entscheidung des Oberlandesgerichts Königsberg vom 21. Dezember 1908[13]) für unrichtig. Hier wird ausgesprochen, daß zu den fälligen Schulden, auf die eine Leistung des Schuldners nach § 366 Abs. 2 BGB. zunächst anzurechnen ist, auch die bereits verjährten Schulden gehören, solange der Schuldner die Verjährung nicht geltend gemacht hat. Auch Staudinger[14]) hält diese Entscheidung für unrichtig. Er kommt aber zu diesem Ergebnis auf einem unseres Erachtens unrichtigen Wege, in dem er ausführt, daß fällig nur eine Schuld ist, deren Zahlung verlangt werden kann, der also keine Einrede entgegensteht und daß daher eine verjährte Forderung nicht nach § 366 Abs. 2 verrechnet werden könne.

Wäre der vom Oberlandesgericht Königsberg vertretene Standpunkt richtig, so müßte der Schuldner in dem von uns angeführten Falle ausdrücklich bei der Zahlung zum Ausdruck bringen, daß er nicht die längst verjährte Forderung bezahlen wolle. Tut er dies nicht und teilt ihm der Gläubiger nachher mit, er habe die erfolgte Zahlung auf die verjährte Forderung verrechnet, so würde der Schuldner sich mit dieser Entscheidung des Gläubigers zufrieden geben müssen, da ja eine Rückforderung des Geleisteten selbst dann ausgeschlossen ist, wenn die Leistung in Unkenntnis der Verjährung erfolgt ist. (§ 222 Abs. 2 Satz 1 BGB.) Ein wirtschaftlich schwacher Schuldner würde daher seinem Gläubiger bedingungslos ausgeliefert sein. Dies ist aber sicher nicht der Wille des Gesetzgebers gewesen. Das Ergebnis entspricht nicht dem oben gefundenen Grundgedanken des § 366 BGB.

---

[13]) Juristische Monatsschrift für Posen, West- und Ostpreußen 1909.

[14]) Vergl. Staudinger zu § 366 Anm. 4a.

Auf Grund unserer Ausführungen können wir daher folgende Feststellung treffen: Bei den unvollkommenen Schuldverhältnissen ist außer bei der verjährten Forderung eine Fälligkeit nicht möglich, insoweit kann der von Danz gebildete Fall überhaupt nicht vorkommen. Eine verjährte Forderung kann aber ebenfalls nicht nach § 366 Abs. 2 BGB. verrechnet werden, da dies dem Grundgedanken des Paragraphen widersprechen würde.

Wenn im § 366 Absatz 2 BGB. von einer Schuld gesprochen wird, „die dem Gläubiger geringere Sicherheit bietet", so ist dabei stillschweigend vorausgesetzt, daß es sich um eine einklagbare Schuld handelt. Die nur klagbare Schuld bietet im Sinne des § 366 BGB. die geringste Sicherheit. Selbstverständlich bieten aber nicht alle nur klagbaren Forderungen dieselbe Sicherheit. Eine Forderung mit kurzer Verjährung ist weniger sicher, als eine Forderung mit langer Verjährung. Auch bietet eine zivilrechtliche Schuld geringere Sicherheit als eine Wechselschuld.[15]) Besser gesichert wie eine nur klagbare Schuld ist jede Schuld, für die ein Sicherheitsmittel bestellt ist. Sicherheit kann bestellt werden z. B. durch Bürgschaft und Pfand. Eine nur klagbare Schuld wird daher umgekehrt stets weniger sicher sein, als diejenige, für die eine Sicherheit besteht. Stehen sich zwei gesicherte Forderungen gegenüber, so kommt es auf den Einzelfall an, welche von beiden dem Gläubiger die geringere Sicherheit bietet. Man wird in eine Prüfung der besonderen Sachlage eintreten müssen. Wir kommen daher zu dem Ergebnis, daß beim Vorliegen der Voraussetzungen des § 366 Abs. 2 BGB. eine geleistete Zahlung nur die vollkommenen Forderungen tilgen kann, während Forderungen aus einem unvollkommenen Schuldverhältnisse unberücksichtigt bleiben müssen.

Besonders zu erwähnen ist noch der Fall der Teilleistung im Kontokorrentverkehr.

Stehen zwei Parteien im Kontokorrentverkehr und macht diejenige, bei der die die Aktivseite übersteigenden Posten teils aus vollwirksamen, teils aus klaglosen Verbindlichkeiten bestehen, eine Leistung, die nicht zur Tilgung der ganzen Schuld ausreicht, so fragt es sich, wie hier verrechnet werden soll. In diesem Falle darf meines Erachtens die Zahlung nicht auf die einzelnen Schuldposten, sondern nur auf deren Gesamtsumme mit der Wirkung verhältnismäßiger Tilgung verrechnet werden. Es würden demnach auch die klaglosen Schulden getilgt werden. Unsere Ansicht wird auch vom Reichsgericht vertreten. Dieses führt in seiner Entscheidung Bd. 59 S. 193 zu der hier behandelten Frage aus, daß eine verhältnismäßige Aufrechnung in dem Falle vorgenommen werden müsse, wenn sich Posten aus klaglosen Börsentermingeschäften im Kontokorrent befänden.

Betrüge also z. B. die Summe der Posten auf der Debetseite 15000 Mark, die auf der Kreditseite 10000 Mark, so würde durch die

---

[15]) Vergl. Entsch. d. O. L. G. Marienwerder im „Recht" 1904 S. 552.

Aufrechnungserklärung jede einzelne Post auf der Debetseite zu $^2/_3$ getilgt werden und der Saldo von 5000 Mark würde sich demnach aus einem Drittel aller einzelnen Posten auf der Debetseite zusammensetzen. Diese Lösung ist unseres Erachtens vollauf befriedigend und wird beiden Parteien gerecht. Die verhältnißmäßige Aufrechnung tritt aber, wie auch das Reichsgericht annimmt, nur ein, wenn nichts anderes verabredet ist.

Auch in den Entscheidungen des Reichsgerichts vom 6. Mai 1908[16]) und 28. Juni 1892,[17]) sowie von Trumpler in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht[18]) wird unsere Ansicht vertreten.

Sie ist jedoch keineswegs unbestritten. Danz[19]) verlangt in dem geschilderten Falle, da ja die klaglose Forderung weniger Sicherheit biete, die Tilgung der Forderung aus dem unvollkommenen Schuldverhältnis. Er sowohl wie Mohr[20]) und Heilbrunn[21]) bekämpfen auch die von uns vertretene Ansicht der verhältnismäßigen Aufrechnung im Kontokorrentverhältnis. Mohr[22]) meint, „daß eine solche Verrechnungserklärung in der Praxis nicht abgegeben werde, dürfte wohl niemand zweifelhaft sein." Heilbrunn[23]) faßt seine ablehnende Ansicht in folgende Worte: „Die Lehre von der verhältnißmäßigen Aufrechnung entspricht weder der Auffassung des kaufmännischen Verkehrs noch der Willensmeinung der Kontokorrentparteien. Wenn bei der Auslegung eines Vertrages der wahre Wille des Vertragschließenden in erster Linie festzustellen ist, so wird der Richter dem Vertrage keinen Inhalt unterstellen dürfen, der ihrer Absicht diametral entgegengesetzt ist." Auch Danz[24]) führt als Hauptargument gegen unsere Ansicht an, daß die Rechnungsart nicht verkehrsüblich unter den im Kontokorrentverhältnis stehenden Personen sei. Er führt hierzu weiter aus, daß das Kontokorrentverhältnis auf eine einfache Regelung hinauslaufe, während hier eine höchst schwierige Berechnung zur Feststellung der Minderung der einzelnen Forderungen durch die Aufrechnung stattfinden müsse. Er weist dabei darauf hin, daß es in dem von uns angeführten Urteil des Reichsgerichts vom 26. November 1904[25]) erforderlich sei, mit einem Bruch, der als Zähler und Nenner eine achtstellige Zahl trägt, die Passivposten aus Termingeschäften zu multiplizieren.

Die Gründe sind meines Erachtens nicht durchschlagend, besonders kann nicht eingesehen werden, daß eine drohende schwierige Berechnung

---

[16]) Bankarchiv VII. Jahrgang S. 333.
[17]) Jur. Wochenschrift 1892 S. 374.
[18]) a. a. O. Bd. 50 S. 488.
[19]) a. a. O. S. 62.
[20]) a. a. O. S. 80.
[21]) in Holdheims Monatsschrift Jahrg. XIV S. 232.
[22]) a. a. O. S. 80.
[23]) a. a. O. S. 332.
[24]) a. a. O. S. 55.
[25]) Entsch. d. RG. Bd. 59 S. 193.

einen derartigen maßgebenden Einfluß auf die Verkehrsüblichkeit haben soll. Auch wird die von uns bekämpfte Ansicht der Eigenartigkeit des Kontokorrentverhältnisses nicht gerechnet. Sie berücksichtigt nicht den Umstand, daß die einzelnen Posten ihre Selbständigkeit verloren haben und Teile eines Ganzen geworden sind.

Maßgebend für die Berechnung muß für uns allein der Gedanke sein, eine richtige, allen Teilen gerecht werdende Entscheidung zu treffen. Diesem Ideale kommen wir aber unseres Erachtens mit der von uns vorgeschlagenen Regelung am nächsten.

§ 2.

Das unvollkommene Schuldverhältnis bei der Aufrechnung.

Wir wollen nunmehr die Frage prüfen, ob eine unvollkommene Forderung zur Aufrechnung benutzt werden kann.

Die Motive[26]) führen hierzu aus: die Frage, ob eine Naturalobligation zur Aufrechnung verwendet werden könne, sei für den Entwurf ohne Bedeutung, da derselbe keine Naturalobligation kenne. Wenn ausnahmsweise gewissen Vorgängen eine abgeschwächte rechtliche Wirkung beigelegt werde, so sei die Aufrechnung ausgeschlossen. Letztere setze nach den Prinzipien des Entwurfs die rechtliche Erzwingbarkeit der Forderung, welche zur Aufrechnung gebracht werden solle, voraus. Der Entwurf vertrat damit die herrschende Ansicht des seitherigen Rechtes.

In der Form, daß die Aufrechnung unvollkommener Forderungen allgemein ausgeschlossen ist, läßt sich der in Motiven vertretene Standpunkt für das Bürgerliche Gesetzbuch nicht aufrecht erhalten.

Der § 376 BGB. bestimmt, wann aufgerechnet werden kann:

> „Schulden zwei Personen einander Leistungen, die ihrem Gegenstande nach gleichartig sind, so kann jeder Teil seine Forderung gegen die Forderung des anderen Teiles aufrechnen, sobald er die ihm gebührende Leistung fordern und die ihm obliegende Leistung bewirken kann."

Es wird dann weiter im § 390 Satz 1 BGB. bestimmt, daß eine Forderung, der eine Einrede entgegensteht, nicht aufgerechnet werden kann. Im Anschluß an die bisherige preußische Gesetzgebung[27]) findet sich im § 390 Satz 2 aber eine Ausnahmebestimmung hiervon, die dahin geht, daß die Verjährung die Aufrechnung nicht ausschließt, wenn die verjährte Forderung zu der Zeit, zu welcher sie gegen die andere Forderung aufgerechnet werden konnte, noch nicht verjährt war. Es ist daher auch die Möglichkeit gegeben, daß von beiden Seiten verjährte Forderungen zur Aufrechnung gebracht werden. Andererseits ist die Aufrechnung ausgeschlossen, wenn der Aufrechnende

[26]) a. a. O. Bd. II S. 106.

[27]) A. LR. I, 16, § 377.

zur Zeit der Beendigung der Verjährung seiner Forderung noch nicht berechtigt war, die Gegenforderung zu erfüllen. Eine Ausnahme von dem in § 390 Satz 2 aufgestellten Prinzip ergibt sich bei Schadenersatzansprüchen, die dem Käufer wegen Mängel der Kaufsache dem Verkäufer gegenüber erstanden sind. Sind diese Ansprüche verjährt, so kann nur dann aufgerechnet werden, wenn vor Ablauf der Verjährung der Käufer dem Verkäufer den Mangel der Kaufsache angezeigt oder mindestens die Anzeige abgesandt hatte. Von dieser Vorschrift gibt es dann wieder eine Ausnahme, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat, sowie bei den Bestimmungen über den Viehkauf (§ 477 S. 2; §§ 477 S. 2, 490 Abs. 3 BGB.).

Die Aufrechnung verjährter Forderungen ist aber nur unter den im § 390 Satz 2 BGB. angegebenen Voraussetzungen zugelassen. Sicherlich würde die allgemeine Zulassung der Aufrechnung mit verjährten Gegenforderungen dem Zwecke der Verjährung zuwiderlaufen. Andererseits wäre die allgemeine Ablehnung unbillig, weil der Schuldner keine Veranlassung hatte, seine Forderung geltend zu machen, solange der Gegner nicht mit seiner Forderung hervortrat. Billigkeits- und Zweckmäßigkeitsgründe waren es daher, die den Gesetzgeber bewogen haben, in dem geschilderten Falle die Aufrechnung zu gestatten.

Häufig wird auch der Fall vorkommen, daß der eine oder der andere Teil mehrere zur Aufrechnung geeignete Forderungen hat. Hier kann gemäß § 396 Absatz 1 Satz 1 BGB. der aufrechnende Teil die Forderungen bestimmen, die gegeneinander aufgerechnet werden sollen. Wird die Aufrechnung ohne eine solche Bestimmung erklärt, oder widerspricht der andere Teil unverzüglich, so findet gemäß § 396 Absatz 1 Satz 2 die Vorschrift des § 366 Absatz 2 entsprechende Anwendung. Es besteht nun Meinungsverschiedenheit darüber, in welcher Weise sich die Aufrechnung in diesem Falle vollzieht, wenn sich unter den zur Aufrechnung geeigneten Forderungen des Gegners eine bereits verjährte befindet. Sind alle Forderungen nicht fällig, außer der verjährten, die notwendig fällig sein muß, so wird natürlich die verjährte Forderung zuerst getilgt. Sind auch die übrigen Forderungen fällig, so fragt es sich, ob die verjährte Forderung als eine solche, „die dem Gläubiger geringere Sicherheit bietet", angesehen werden muß. In diesem Falle würde sie unter allen Umständen zur Aufrechnung kommen. Diese Ansicht vertritt Schollmeyer,[28]) der davon ausgeht, daß zweifellos die einer kurzen Verjährungsfrist unterliegenden Forderungen weniger sicher seien, als die einer längeren Verjährung unterstehenden, und daraus folgert, daß man deshalb erst recht anzunehmen habe, daß eine bereits verjährte Forderung weniger Sicherheit bietet, als eine noch nicht verjährte. Auch Dernburg[29]) schließt sich dieser Ansicht an. Nimmt man dagegen mit

[28]) a. a. O. § 390 Anm. 3.

[29]) Schuldverhältnisse § 129.

Planck[30]) an, daß der Ausdruck „geringere Sicherheit" in diesem Sinne nicht zu verstehen sei, so würde zunächst diejenige durch Aufrechnung getilgt, die dem Aufrechnenden lästig ist. Dies ist aber zweifellos eine unverjährte. Das Ergebnis würde dann sein, daß die verjährte Forderung erst dann zur Tilgung kommen würde, wenn das Alter entscheidet, und selbst dann noch nicht immer, weil bei der Möglichkeit, daß für sie eine kurze Verjährungsfrist bestand, unter den verjährten Forderungen sich ältere befinden können. Dies verstößt aber gegen die Absicht des Gesetzes. Es muß dabei sein Bewenden haben, daß die verjährte Forderung nur dann vor der unverjährten getilgt wird, wenn jene die ältere ist.[31])

Von allen im Bürgerlichen Gesetzbuch vorkommenden unvollkommenen Schuldverhältnissen ist aber allein die verjährte Forderung mit der Aufrechnungsfähigkeit ausgezeichnet. In den übrigen Fällen ist eine zwangsweise Aufrechnung nicht möglich, da die Aufrechnung nach den Prinzipien des Bürgerlichen Gesetzbuches die rechtliche Erzwingbarkeit der Forderung die zur Aufrechnung gebracht werden soll, voraussetzt.[32]) Diese mangelt aber den unvollkommenen Schuldverhältnissen, auch fehlt im Bürgerlichen Gesetzbuch eine Bestimmung, die irgend einer von ihnen die Möglichkeit, zur Aufrechnung verwendet zu werden, gäbe. Gemäß § 387 BGB. kann, wie schon ausgeführt, jeder Teil seine Forderung gegen die Forderung des anderen Teiles erst aufrechnen, wenn er die ihm zukommende Leistung fordern kann.

Bezüglich des rechtskräftig bestätigten Zwangsvergleiches muß noch folgendes erwähnt werden: Eine während des Konkurses statthafte Aufrechnung bleibt nach § 53 der KO. trotz des Zwangserlasses in vollem Umfange zulässig, während der Gläubiger den erlassenen Forderungsteil gegen eine erst nach dem Zwangsvergleich entstehende Forderung des früheren Gemeinschuldners nicht einseitig aufrechnen kann.[33])

Wer im Spiel verloren hat, kann diese Schuld durch Aufrechnung mit einer vollkommenen Gegenforderung tilgen.[34]) Die Aufrechnung steht der Leistung völlig gleich. Dem Gläubiger ist dagegen die Aufrechnung versagt. Schon im ersten Bande[35]) seiner Entscheidungen verneint das Reichsgericht im Gegensatz zu einer Entscheidung des Preußischen Obertribunals[36]) die Frage, ob ein Darlehnsgläubiger,

---

[30]) zu § 396 Anm. 1.

[31]) Ebenso Fastenau a. a. O. S. 53; Kipp zu Windscheid a. a. O. § 343.

[32]) Motive Bd. II S. 106 u. S. 644.

[33]) Jaeger zu § 193 KO. Anm. 6 S. 365.

[34]) Dernburg Bürgerliches Recht Bd. II § 212; Reichel a. a. O. S. 73; Leonhard in Kohlers Archiv 21. 171 ff.

[35]) Entsch. des RG. Bd. I S. 129.

[36]) Vergl. Entsch. Bd. 71 S. 25.

welcher später an dem Schuldner im Spiel verloren und die Aufrechnung der Gewinnforderung auf die Darlehnsschuld mündlich bewilligt hat, nach allgemeinem Landrecht bei einem Objekt von mehr als 50 Talern an diese Bewilligung gebunden ist. Als Begründung wird ausgeführt, daß die Bezahlung einer Spielschuld rechtlich nicht erzwingbar ist. Die Spielschuld ist nicht klagbar und deshalb auch nicht kompensabel. Soll der Gewinner kompensationsberechtigt werden, der Verlierer also das Recht einbüßen, seine anderweite Forderung an den Gewinner ohne Rücksicht auf seine Spielschuld einzuziehen, so bedarf es dazu eines bündigen, also auch formell rechtsbeständigen Vertrages, mithin bei einem Objekte über 150 Mark des schriftlichen Abschlusses. Die bloße Willensübereinstimmung beider Teile, daß aufgerechnet werden solle oder daß aufgerechnet sei, reicht dazu nicht aus, denn sie schafft nicht eine Veränderung der Tatsachen, kann also nicht unter dem Gesichtspunkte der Erfüllung der mündlichen Übereinkunft vor der Aufrufung geschützt sein.

Unseres Erachtens muß aber die vertragsmäßige Aufrechnung zulässig sein. Hier fehlt jeglicher Zwang, da ja der Verlierer sich freiwillig damit einverstanden erklärt hat, das unvollkommene Schuldverhältnis auf diese Weise tilgen zu wollen.[37]) Das Reichsgericht hat auch in zahlreichen Fällen die vertragsmäßige Aufrechnung mit einer Spielforderung für zulässig erklärt.[38])

Man wird auch bedenkenfrei annehmen können, daß eine Aufrechnung von Spielschulden gegen Spielschulden möglich ist.[39])

Im § 56 des Börsengesetzes wird ferner ausdrücklich bestimmt, daß gegen Forderungen aus Börsentermingeschäften eine Aufrechnung auf Grund anderer Börsengeschäfte auch dann zulässig ist, wenn diese Geschäfte nach den §§ 52, 54 Börs.-G. für den Aufrechnenden eine Forderung nicht begründen.

§ 3.

Das unvollkommene Schuldverhältnis bei der Pfandbestellung.

I. Hier ist zuerst die Frage zu erörtern, welche Wirkung hat der Vorgang, daß eine vollkommene Forderung durch Eintritt der Verjährung zu einer unvollkommenen wird, auf ein für die Forderung bereits früher bestelltes Pfandrecht oder eine Hypothek. Hier bestimmt der § 223 Abs. 1 BGB.:

> „Die Verjährung eines Anspruchs, für den eine Hypothek oder ein Pfandrecht besteht, hindert den Berechtigten nicht, seine Befriedigung aus dem verhafteten Gegenstand zu suchen."

---

[37]) Vergl. auch Klingmüller S. 229.

[38]) Vergl. Entsch. d. RG. Bd. I S. 130; Bd. 35 S. 288; Bd. 38 S. 239; ferner in der Juristischen Wochenschrift 1902 Beilage S. 199 und 1903 Beilage S. 35.

[39]) Enneccerus Bd. I § 320.

Der Hypotheken- oder Pfandgläubiger kann sich also auch nach Vollendung der Verjährung der dem dinglichen Anspruch zu Grunde liegenden Schuld an das Pfand halten. Da nach § 1250 BGB. das Pfandrecht mit der Forderung erlischt, so müßte, falls der Forderung eine Einrede entgegensteht, diese Einrede auch dem Anspruch aus der Hypothek und dem Pfandrecht entgegenstehen. Es ergibt sich also, daß der Anspruch, dem das Pfandrecht dient, nicht untergegangen ist.

Den in § 223 Abs. 1 ausgesprochenen Gedanken enthält auch der Absatz 2, wonach die Rückübertragung eines Rechts, das zur Sicherung eines Anspruchs übertragen worden ist, nicht auf Grund der Verjährung von Ansprüchen auf Rückstände von Zinsen oder anderen wiederkehrenden Leistungen. Bei diesen Ansprüchen kann sich daher der Gläubiger nach Eintritt der Verjährung nicht an das zur Sicherheit bestellte Pfand oder die Hypothek halten.

Auch bezüglich der Restschuld nach einem rechtskräftig bestätigtem Zwangsvergleich bestimmt § 193 KO., daß die Rechte der Gläubiger aus einem für die Forderung bestehenden Pfandrecht, aus einer für sie bestehenden Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld oder aus einer zu ihrer Sicherung eingetragenen Vormerkung durch einen Zwangsvergleich nicht berührt werden.

II. Es bleibt die Frage zu erörtern, ob ein Pfandrecht für ein unvollkommenes Schuldverhältnis bestellt werden kann. Diese Frage kann nicht für alle Fälle kurz durch ein „Ja" oder „Nein" beantwortet werden. Es ist vielmehr eine Untersuchung der einzelnen Fälle erforderlich.

Unseres Erachtens besteht die Möglichkeit der Pfandbestellung für eine verjährte Forderung[40]) mit Rücksicht auf die Bestimmung des § 222 Abs. 2 Satz 2 BGB., nach der eine Sicherheitsleistung für eine Verjährung nicht zurückgefordert werden kann, auch wenn die Leistung in Unkenntnis der Verjährung bewirkt worden ist. Ist daher durch Pfandbestellung Sicherheit geleistet, so kann die Gültigkeit der Pfandbestellung nicht bestritten werden.

Auch die nach dem Zwangsvergleich noch bestehende Restschuld ist als ausreichende Grundlage nicht nur für den Fortbestand, sondern auch für die Neubegründung eines Pfandrechtes anzusehen.[41])

Die Pfandbestellung ist dagegen ungültig, wenn das Pfand die Forderung aus einem Spiel, einer Wette, einem Börsentermingeschäft, oder endlich die Forderung eines Heiratsvermittlers decken soll.[42])

---

[40]) Staudinger a. a. O. zu § 1204 BGB. Ab. I, 2a, Kipp und Windscheid § 225 S. 225 I, 3, Langheineken S. 349, Biermann a. a. O. zu § 1204 Ziff. 3 S. 635.

[41]) Vergl. Jaeger a. a. O. zu 193 KO. Anm. 6.

[42]) Biermann a. a. O. zu § 1204 BGB. I, 2a; Dernburg a. a. O. § 266 S. 745; Planck a. a. O. S. 808; Kipp zu Windscheid a. a. O. § 225 S. 1136 I, 3; Staudinger a. a. O. zu § 1204 BGB. I, 2a.

Bei diesen Forderungen ist jeder Zwang zur Erfüllung ausgeschlossen. Daraus folgt, daß jede Verbindlichkeit, die der Schuldner zur Erfüllung einer derartigen Schuld übernimmt, ebenso ungültig ist, wie die zu Grunde liegende Schuld. Auch das Reichsgericht[43]) hat unsere Ansicht in konstanter Rechtsprechung vertreten.

Ausdrücklich soll noch hervorgehoben werden, daß auch im Falle des § 54 Börs.-Ges., nach dem der Termingeschäftsunmündige für die Erfüllung des Geschäfts eine Sicherheit bestellen und der andere Teil daraus Befriedigung suchen kann, die Sicherheitsleistung auf Geld und kurshabende Wertpapiere beschränkt ist. Damit sind die sonst möglichen Arten der Sicherheitsleistung, so die Verpfändung von Sachen und Forderungen, sowie die Stellung von Bürgen ausgeschlossen. Der Zweck des Gesetzes tritt hier deutlich vor Augen: Der Sicherheitsleistende wird gezwungen, die Papiere schon bei Abschluß des Geschäfts fortzugeben. Er wird sich hierbei klar machen, daß er im ungünstigen Falle sein Geld und seine Wertpapiere verlieren und nicht zurückerlangen wird.

Läßt sich der Gläubiger einer Spielschuld für seine Forderung eine Hypothek im Grundbuch eintragen, so steht diese dem Eigentümer des Grundstücks zu. Dies ergibt sich aus der Bestimmung des § 1163 Abs. 1 S. 1 BGB., der zufolge eine Hypothek dann dem Eigentümer zusteht, wenn die Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist, nicht zur Entstehung gelangt ist.[44])

Hat sich aber der Pfandgläubiger aus einem für eine der oben angeführten unvollkommenen Forderungen bestelltem Pfande befriedigt, ohne daß der pfandbestellende Schuldner Widerspruch erhoben hat, so kann der Schuldner dies ebenso wenig, wie seine Leistung anfechten. Diese Tatsache muß unseres Erachtens aus der sich bei allen hier behandelten Forderungen findenden gesetzlichen Bestimmung geschlossen werden, daß das auf Grund einer solchen Forderung Geleistete nicht deshalb zurückgefordert werden kann, weil eine Verbindlichkeit nicht bestanden hat.[45]) (Vergl. z. B. §§ 656, 762.)

Unseres Erachtens kann dagegen für eine Verbindlichkeit, die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entspricht, sowie für die Ausstattungsverpflichtung ein Pfandrecht bestellt werden.[46]) Die Natur des Pfandrechts würde nicht dagegen sprechen. Hat der Gläubiger sich aus dem Pfande befriedigt, so ist diese Befriedigung ebenso unanfechtbar, wie die Leistung selbst. Trotzdem ist der Erfolg, der durch die Bestellung des Pfandrechts für den Gläubiger erreicht wird, nur gering, da gemäß § 1211 BGB.

---

[43]) Vergl. Entsch. d. RG. Bd. 47 S. 52.

[44]) So auch Planck a. a. O. S. 808, e.

[45]) Vergl. Kipp zu Windscheid § 225 S. 1136 I, 3.

[46]) Klingmüller a. a. O. S. 242; Kipp zu Windscheid § 225 S. 1136.

der Verpfänder dem Pfandgläubiger gegenüber die dem persönlichen Schuldner gegen die Forderung zustehenden Einreden geltend machen kann.

§ 4.
Das unvollkommene Schuldverhältnis bei der Bürgschaftsbestellung.

Matthias[47]) äußert sich kurz dahin: „Die Übernahme einer Bürgschaft für eine Naturalschuld ist ungültig." Diese Bemerkung erscheint nicht richtig. Eine Prüfung der einzelnen in Betracht kommenden Fälle führt uns zu einem anderen Ergebnis.

I. Gemäß § 765 BGB. ist die Bürgschaft der Vertrag, durch den sich der Bürge gegenüber dem Gläubiger eines Dritten verpflichtet, für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten einzustehen. Das Bürgerliche Gesetzbuch setzt hiernach für die Gültigkeit der Bürgschaft eine „Verbindlichkeit" des Hauptschuldners überhaupt voraus, nicht aber eine „vollkommene" Verbindlichkeit. Wird die durch das unvollkommene Schuldverhältnis entstandene Verpflichtung im Bürgerlichen Gesetzbuch als „Verbindlichkeit" bezeichnet, so kann für sie eine gültige Bürgschaft bestellt werden. Diese Erwägung führt uns zu dem Ergebnis, daß die Forderungen aus Spiel- Wette, Ehemäklervertrag und aus Börsentermingeschäften zur Verbürgung nicht geeignet sind.[48]) In sämtlichen Fällen wird ausdrücklich erklärt, daß durch diesen Vertrag eine Verbindlichkeit nicht begründet wird. Die trotzdem bestellte Bürgschaft ist unwirksam. Leistet der Bürge aus einer solchen Bürgschaft, und hat er bei Übernahme derselben gewußt, daß die Forderung einem der angeführten unvollkommenen Schuldverhältnisse entstammte, so ist die Rückforderung ausgeschlossen. Hat sich aber der Bürge auf Grund eines über diese Schuld ausgestellten Wechsels oder Schuldanerkenntnisses verbürgt, ohne Kenntnis von dem Ursprunge der Schuld zu haben, so kann er die Leistung wegen Irrtums (§ 119 BGB.) anfechten. Der Irrtum über die Unklagbarkeit der verbürgten Schuld ist Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft derselben.[49]) Insoweit bedarf daher die Ansicht Planck's,[50]) der ein für allemal sagt: hat ein Bürge aus einer Bürgschaft geleistet, die für eine Naturalobligation übernommen war, so ist die Rückforderung ausgeschlossen, einer Einschränkung.

II. In den Fällen, in denen der Gesetzgeber die aus dem unvollkommenen Schuldverhältnis entstandene Verpflichtung als Verbindlichkeit bezeichnet, ist auch eine gültige Bürgschaft für sie zulässig.[51])

---

[47]) a. a. O. § 131 II, 1, S. 641.

[48]) Westerkamp a. a. O. S. 82; Planck a. a. O. zu § 765 BGB.; Entsch. d. RG. Bd. 52 S. 39.

[49]) So auch Reichel a. a. O. S. 61.

[50]) a. a. O. zu § 765 BGB. Anm. 8.

[51]) Vergl. Westerkamp a. a. O. S. 84.

Daraus folgt aber keineswegs, daß in allen Fällen für die „unvollkommene Forderung" eine vollkommene Bürgschaft eingegangen werden kann.

So ist eine Bürgschaftsübernahme für eine nach § 814 BGB. aus einer sittlichen Pflicht oder aus einer Anstandspflicht entspringenden Verpflichtung, sowie für die Ausstattungspflicht zwar wirksam, es hängt aber von dem Bürgen ab, ob er die Verpflichtung erfüllen will.

III. In zwei Fällen muß aber unseres Erachtens aus der vom Gesetzgeber getroffenen Regelung der Erfüllungsmöglichkeit geschlossen werden, daß für die unvollkommene Schuld eine vollkommene Bürgschaft übernommen werden kann. Es sind dies die Fälle der Restschuld nach einem rechtskräftig bestätigtem Zwangsvergleich und der verjährten Forderung.

1. Bezüglich des rechtskräftig bestätigten Zwangsvergleichs bestimmt der § 193 KO. ausdrücklich, daß die Rechte der Gläubiger gegen Bürgen des Gemeindeschuldners durch den Zwangsvergleich nicht berührt werden. Die Bürgschaft besteht als Bürgschaft[52]) fort. Es ist nicht richtig, wie z. B. Staub[53]) annimmt, daß durch den Zwangsvergleich die Nebenhaftung ihre Unselbständigkeit abstreift, und daß der Bürge Hauptschuldner wird. Die Unterlage für die Bürgschaft bildet das unvollkommene Schuldverhältnis. Dem Bürgen bleibt der Bürgenrückgriff und, abgesehen vom Zwangsvergleich, das Recht zu Einwendungen aus der Person des Hauptschuldners.[54])

Genau so gut, wie dies unvollkommene Schuldverhältnis aber eine ausreichende Grundlage für den Fortbestand von Bürgschaften bildet, so macht es auch die Neubegründung dieser Nebenhaftung möchlich.[55])

2. Im § 222 BGB. wird im Hinblick auf die verjährte Forderung bestimmt, daß nach der Vollendung der Verjährung der Verpflichtete berechtigt ist, die Leistung zu verweigern. Die Verjährung begründet daher ein Leistungsverweigerungsrecht, eine Einrede.

Diese Einrede ändert aber an der Gültigkeit der Hauptverbindlichkeit nichts. Es steht daher nichts im Wege, daß für eine verjährte Hauptforderung eine gültige Bürgschaft eingegangen werden kann.[56])

§ 5.

Die Abtretung des unvollkommenen Schuldverhältnisses.

In Gemäßheit des § 398 BGB. kann eine Forderung von dem Gläubiger durch Vertrag mit einem anderen auf diesen übertragen

---

[52]) Ebenso Jaeger zu § 193 Anm. 14.

[53]) Staub Kommentar zum HGB. zu § 356 Anm. 1.

[54]) Vergl. §§ 767, 768, 770, 773 Nr. 3 BGB.

[55]) Ebenso Jaeger zu § 193 Anm. 6.

[56]) Zustimmend Langheineken a. a. O. S. 349; Westerkamp a. a. O. S. 84. Der Streit des gemeinen Rechts über diese Frage entstammt dem Streit über die Wirkung der Verjährung, nicht dem Bürgschaftsrecht.

werden. Die Frage, ob hierunter auch die aus unvollkommenen Schuldverhältnissen entspringenden Forderungen zu verstehen sind, hat das Bürgerliche Gesetzbuch unbeantwortet gelassen.

Soweit der Gesetzgeber schon mit dem Eingehen eines Schuldverhältnisses eine Verpflichtung, wenn auch nur eine unvollkommene, entstehen läßt, wird unseres Erachtens auch die Möglichkeit gegeben sein, diese Forderung, selbstverständlich mit allen ihr anhaftenden Unvollkommenheiten, abzutreten.

Bestimmt dagegen das Gesetz, daß durch den Abschluß des Vertrages eine Verbindlichkeit *nicht* begründet werden soll, und schließt es nur die Zurückforderung des Geleisteten aus, so wird insoweit eine Abtretung unwirksam sein, da eine Forderung im Sinne des § 398 BGB. nicht vorliegt.

Wir kommen hiernach zu dem Ergebnis, daß die Abtretung einer Forderung aus einem Spiel-, Wett- und Ehemäklervertrag und aus einem unvollkommenen Börsentermingeschäft nicht möglich ist. Hat trotzdem eine Abtretung stattgefunden, so können Wirkungen aus ihr nicht hergeleitet werden.

Zulässig ist andererseits die Abtretung einer Forderung, deren Erfüllung einer sittlichen Pflicht und einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entspricht, ferner der verjährten Forderung, der Forderung aus der Ausstattungspflicht und der Restschuld nach rechtskräftig bestätigtem Zwangsvergleich.[57])

Die einzige durch die Abtretung hervorgerufene Änderung besteht darin, daß an Stelle des alten Gläubigers ein neuer tritt. Letzterer kann aber ebensowenig wie ersterer Zwangsmittel zur Erfüllung der Forderung anwenden. Auch er ist auf den guten Willen des Schuldners angewiesen.

Hat der neue Gläubiger bei der Abtretung nicht gewußt, daß es sich um eine Forderung aus einem unvollkommenen Schuldverhältnis handelte, so kann er die Abtretung wegen Irrtums anfechten, da der Irrtum über die Unvollkommenheit der Schuld ein Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft derselben ist.

§ 6.

Schuldanerkenntnis, Vertragsstrafe und Feststellungsklage beim unvollkommenen Schuldanerkenntnis.

I. *Schuldanerkenntnis.* In allen Fällen, in denen das Gesetz einer Verbindlichkeit die Anerkennung versagt, weil das Verhalten gegen die guten Sitten, oder gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, oder der Gedanke eines Zwanges zur Erfüllung dem Rechtsgefühl zuwider läuft, muß eine Anerkennung eines unvollkommenen Schuldverhältnisses abgelehnt werden; die unvollkommene Schuld könnte sonst auf diesem Wege zu einer vollkommenen gemacht werden. Dieser

[57]) So auch *Jaeger* a. a. O. zu § 193 S. 365 Anm. 6.

Erfolg soll aber gerade auf jede Weise verhindert werden. Daraus folgt die Unwirksamkeit eines Anerkenntnisses für eine Spiel- und Wettschuld, eine Forderung aus einem Ehemäklervertrag und dem Börsentermingeschäft.[58]) (Vergl. z. B. § 656 Abs. 2, § 762 Abs. 2 BGB.)

In allen sonstigen Fällen kann die unvollkommene Schuld aber anerkannt und dadurch in eine vollkommene umgewandelt werden.

Ausdrücklich im Gesetz wird die Möglichkeit eines Anerkenntnisses für eine verjährte Forderung festgestellt. Gemäß § 222 Abs. 2 Satz 2 BGB. kann der Verpflichtete, der in Unkenntnis der Verjährung den Anspruch vertragsmäßig anerkannte oder Sicherheit dafür geleistet hat, die Aufhebung dieser Rechtsakte nicht fordern. Ebensowenig wie die Erfüllung kann in allen diesen Fällen eine Anerkennung kondiziert werden.[59] (§§ 812 Abs. 2, 814 BGB.)

Voraussetzung für das vertragsmäßige Anerkenntnis ist, daß es in der von § 781 BGB. vorgeschriebenen Form[60]) errichtet ist.

Gibt der Schuldner ein Anerkenntnis der Restverbindlichkeit beim Zwangsvergleich später im Betriebe seines Handelsgeschäfts ab, so entfällt das Schrifterfordernis[61]) des § 781 BGB. (Vergl. § 350 HGB.).

II. Vertragsstrafe. Ebenso ungültig wie ein Schuldanerkenntnis für eine Spiel- und Wettschuld, eine Forderung aus einem Börsentermingeschäft und dem Ehemäklervertrage ist auch eine für den Fall der Nichterfüllung eines solchen unvollkommenen Schuldverhältnisses festgesetzte Vertragsstrafe. Auch hier würde die Gültigkeit des Strafversprechens den Zweck der Gesetzesvorschriften vereiteln.[62]) In den übrigen Fällen kann für die unklagbare Verbindlichkeit eine Vertragsstrafe gültig versprochen werden. Dadurch wird aber die versprochene Vertragsstrafe nicht einklagbar. Die Unklagbarkeit der Hauptschuld ergreift auch die verwirkte Vetragsstrafe.[63]) Matthiaß[64]) äußert sich dahin: „Ist die Hauptschuld Naturalschuld, so äußert auch das Strafversprechen nur die beschränkten Wirkungen."

Reichel[65]) will auch eine Vertragsstrafe für eine Forderung aus einem unvollkommenen Börsentermingeschäft zulassen. Zur Begründung verweist er auf § 343 Abs. 2 BGB., wonach Vertragsstrafen

---

[58]) Vergl. Entsch. d. RG. Bd. 47 S. 52.

[59]) Vergl. Entsch. d. RG.; Seuffert Archiv 65 Nr. 20.

[60]) Endemann a. a. O. Bd. 1 § 93; Crome a. a. O. Bd. I § 117. Enneccerus a. a. O. Bd. I § 218.

[61]) Vergl. Jaeger a. a. O. zu § 193 S. 193 Anm. 6.

[62]) Vergl. Enneccerus Bürgerliches Recht Band I § 186; Crome, System Bd. II, § 178; Dernburg Bürgerl. R. Bd. II § 101 Abs. 2; Oertmann a. a. O. zu § 344 BGB.

[63]) Zustimmend Langheineken a. a. O. S. 349 bezüglich der verjährten Forderung.

[64]) a. a. O. Lehrb. Bd. I § 89.

[65]) a. a. O. S. 70. Vergl. Silber Rechtszwang S. 31 ff.

sogar da möglich sind, wo überhaupt eine Verbindlichkeit nicht besteht. Dieser Ansicht können wir nur insoweit beipflichten, als Verbindlichkeiten in Frage kommen, die sich des Wohlwollens des Gesetzgebers erfreuen, abgelehnt muß diese Ansicht aber unseres Erachtens für alle Verbindlichkeiten werden,[66]) die vom Gesetzgeber mißbilligt werden, wie z. B. bei einer Verpflichtung aus einem Spielvertrage und dem Börsentermingeschäft.

III. Feststellungsklage. Gegenstand der Feststellungsklage kann nur entweder ein Rechtsverhältnis oder die Tatsache der Echtheit einer Urkunde bilden. (§ 252 ZPO.). Auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses, um das es sich bei der zur Erörterung stehenden Frage allein handeln kann, kann Klage erhoben werden, wenn der Kläger ein rechtliches Interesse daran hat, daß das Rechtsverhältnis durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt wird.

Ein Rechtsverhältnis ist auch ein vollkommenes Schuldverhältnis. Würde jemand aber ausdrücklich auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens einer unvollkommenen Forderung klagen, so hätte er zuerst sein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung darzulegen. Dies wird nur in seltenen Fällen gelingen, wenn auch bei den keineswegs unerheblichen Rechtswirkungen der einzelnen unvollkommenen Schuldverhältnisse ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen richterlichen Feststellung denkbar ist.[67]) In den meisten Fällen wird diese Voraussetzung aber fehlen, sodaß auf Abweisung der Klage erkannt werden muß.

---

[66]) Vergl. Crome a. a. O. Bd. II § 178.

[67]) Vergl. Jaeger zu § 93 KO. Anm. 6 Klingmüller S. 219.

Thesen.

1) Der § 366 BGB. kann für unvollkommene Schuldverhältnisse nicht angewendet werden.

2) Die Verbindlichkeit des Gemeinschuldners nach rechtskräftig bestätigtem Zwangsvergleich ist eine „unvollkommene Forderung".

3) Das deutsche Reich ist ein monarchischer Bundesstaat. Die einzelnen Bundesstaaten sind zwar Staaten, aber nicht souveräne.

4) Die Vorschriften über den gegenseitigen Vertrag § 320-327 BGB. sind auf den Gesellschaftsvertrag § 705-740 BGB. nur entsprechend anzuwenden.

5) Die Ehe ist ein besonders geartetes Rechtsverhältnis, kein sittliches Verhältnis.

6) Als ordentlicher gesetzlicher Güterstand entspricht den heutigen Verhältnissen nur der Güterstand der Gütertrennung, nicht der der Verwaltung und Nutznießung.